CARRARA

PROGRAMMA

PARTE SPECIALE

VOLUME IV.

Prezzo L. 6.

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE SPECIALE

VOL. IV.

PROGRAMMA

DEL

CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

DETTATO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

DAL PROFESSORE

FRANCESCO CARRARA

SOCIO CORRISPONDENTE DELL' ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA
SOCIO DELLE REALI ACCADEMIE DI LUCCA, DI MACERATA E DI URBINO -
MEMBRO DELLA COMMISSIONE INCARICATA DEL PROGETTO
DI CODICE PENALE ITALIANO

PARTE SPECIALE

OSSIA

ESPOSIZIONE DEI DELITTI IN SPECIE

CON AGGIUNTA DI NOTE
PER USO DELLA PRATICA FORENSE

SECONDA EDIZIONE

VOL. IV.

LUCCA

TIPOGRAFIA GIUSTI

1869

PARTE SPECIALE

(SEGUE) SEZIONE PRIMA

DELITTI NATURALI

CLASSE SESTA

DELITTI CONTRO LA PROPRIETA'

CAPITOLO I.

Idea, e contenuto della classe.

§. 2009.

Fra i diritti che i pubblicisti denominano *originari assoluti* nell' uomo, o *connati* e *primitivi* (1) evvi quello di *appropriarsi gli oggetti esteriori* dei quali ha bisogno: e non può essere altrimenti, perchè la destinazione che la legge di natura ha dato alla umanità non potrebbe raggiungersi senza l' appropriazione delle cose indispensabili al mantenimento della propria esistenza ed al miglioramento delle proprie condizioni. Negare nell' uomo il *diritto di usare delle cose* sarebbe tanto assurdo quanto supporre che l' uomo fosse stato creato per nascere oggi e morire domani. Dal diritto incontrastabile di

usare delle cose nasce il *diritto di appropriarsele* come mezzo indispensabile a renderne l'uso costante e corrispondente al suo fine. Da questo diritto nasce il diritto di *proprietà,* che è una successione del primo ma diverso da quello; e che dicesi *avventizio* perchè per concretarsi sopra una od altra cosa materiale ha bisogno del *fatto dell' uomo,* col quale egli occupando le cose con animo di farle sue le congiunga alla propria personalità fisica e morale, e se ne renda padrone. Ma è sempre un diritto *naturale* tanto quello quanto questo; perchè non gli fa mestieri nè di una società civile, nè di leggi umane per esistere ed essere riconosciuto. Il contrario parve piacere a Montesquieu e si sostenne da Bentham e da tutti coloro che in generale proclamarono doversi trovare la genesi di ogni diritto nella società civile e nella legge umana. L' argomento di costoro stava in questo; che senza una società civile ed apposite leggi da lei dettate, il diritto non potrebbe trovare protezione e sicurezza: laonde l' uomo non potendo avere la coscienza di essere protetto nello esercizio del suo diritto non potrebbe affermarlo. Questa argomentazione però pecca nel vizio di confondere la *esistenza* del diritto con la sua *difesa,* lo che è un paralogismo palpabile. La legge umana *non dà* il diritto quando lo *protegge;* lo riconosce e lo cuopre con la sua tutela, perchè appunto la destinazione della società civile è essenzialmente quella di tutelare il diritto. Ma la protezione e la genesi sono evidentemente due cose distinte; e la legge quando viene a proteggere il diritto lo trova già nato; e niente esige che un diritto per *essere* abbia bisogno della tutela, niente

repugna che esso *esista* anche prima di avere una tutela più salda di quella che a lui porgono le forze individuali di chi se ne trova investito. Certamente se due uomini si incontrassero soli in un' isola disabitata nessuno potrebbe dire sul serio che essi, perchè colà non trovano impero o legge umana, non avessero il diritto di far proprie le cose esteriori, nè che ciascuno di loro facesse *suoi* quegli oggetti che colà occupasse. Con la opposta argomentazione per esser logici bisogna negare ogni diritto naturale, e Bentham fu logico in ciò. Ma allora neghiamo anche il diritto alla vita, perchè la vita individuale che la legge positiva venne a proteggere non trovava nella legge di natura altra tutela tranne quella precaria della difesa individuale. Il diritto però preesisteva alla legge sociale, e questa ha la propria ragione di essere precisamente nella preesistenza del diritto, e nella necessità di tutelarlo. Non può dunque seriamente controvertersi che la presente classe dei reati contro la proprietà trovi congrua sede nell' ordine dei *delitti naturali*, perchè quantunque in loro (come è condizione di ogni delitto) ricorra il danno mediato che è puramente sociale e politico, il danno immediato ferisce un diritto che da un lato ha la sua origine diretta dalla legge di natura, e dall' altro lato è puramente particolare negli individui la proprietà dei quali è violata.

(1) Haus *elementa juris naturalis* §. 116 — Vitriario *institutiones juris naturae lib.* 2, *cap.* 2, §. 4 — Tolomei *diritto naturale* §. 220.

§. 2010.

Il diritto di proprietà è stato ripetutamente bersaglio di guerra accanita, per parte un tempo di certi settarii, e per parte poscia di certi filosofi che propugnarono il socialismo ed il comunismo (1). Costoro vennero a negare il diritto di proprietà, asserendo che la proprietà era un furto, ed un pseudo diritto creàto dall' abuso della forza e dall' avidità umana. Non è mio istituto entrare in queste dispute. Solo accennerò che à confutare siffatto assunto i dotti dei vari tempi hanno calcato diverse vie. Alcuni hanno ricorso alla nuda formula del *bisogno*, formula pericolosa per provar troppo, e che forse prova meno di ciò che vuole al luogo presente. Altri si tennero al solo argomento della *recognizione* universale di tutti i popoli e di tutti i tempi (2); e la storia confortò in questo argomento il sistema loro. Altra scuola da Kant a Zeiller adottò la formula della *convenzione necessaria:* ma non vide che partendo dalla ipotesi di una necessità anteriore alla supposta convenzione la vera genesi del diritto questionato non era nella *convenzione* umana ma nella legge naturale antecedente a lei, che l' aveva (nella stessa ipotesi loro) imposta all' uomo come una necessità. Gli economisti hanno cercato la genesi della proprietà nel *lavoro*, dimostrando esser giusto che chi ha speso le sue fatiche intorno ad una cosa debba avere diritto a mantenersi nel godimento della medesima, e se ne chiami proprietario, ed abbia facoltà d' interdire a chiunque altro ogni godimento della cosa medesima: ma questo si-

stema non porge una difesa completa del diritto di proprietà, il quale esiste anche là dove l'uomo non ha esercitato *lavoro* sopra le cose che dice sue; ed è prepostero perchè la proprietà del fondo nasce prima della cultura del fondo. Il lavoro è un elemento che fortifica il diritto di proprietà, ma a solo non lo costruisce. Altri spiegò la genesi della proprietà col semplice fatto della *occupazione:* ma la occupazione isolatamente guardata non dà ragione sufficiente del perchè ne sia nata la proprietà, e così il diritto d'impedire ad altri di occupare la cosa stessa.

(1) Sulla storia di questa dottrina vedasi Sudre *Histoire du comunisme* — Thiers *de la propriété* — Coquelin *dictionnaire de l'economie politique, mot propriété* — Comte *de la propriété* — Troplong *de la propriété* — Garnier *de la propriété dans ses rapports avec le droit politique* — Savigny *Ueber das Recht des Besitzes* — Bastiat *propriété et loi* — Molinari *défense de la propriété* — Dictionnaire philosophique *par une société de savants, Paris* 1831, *mot propriété* — Reid *oeuvres tom.* 6, *essai* 5, *pag.* 363.

(2) Non è vero che la comunione delle terre nella tribù con diritto eguale in tutti i membri della medesima a partecipare i frutti sia la negazione del diritto di proprietà presso i popoli primitivi. Quelle tribù non avrebbero certamente tollerato che altre genti invadessero i campi da loro tenuti. Tanto varrebbe il dire che se quattro fratelli tengono indiviso un podere, essi negano il diritto di proprietà. Era una fratellanza più larga, una famiglia più estesa; ma la idea di proprietà era genuina quant'oggi. Che se alcune genti perchè esclusivamente vivevano o di caccia o di pesca non presero cura di occupare le terre, non è però a dirsi che esse non avessero idea di dominio: poichè ciascuno te-

neva come proprio l' arco, la freccia, la rete, il battello che si era fatto per quella sua industria; ed anzi coteste tribù non avrebbero tollerato che nei fiumi e nei boschi ove desse usavano le arti loro venissero straniere genti ad esercitarle. Era una limitazione nell' uso degl' immobili, ma in radice stava sempre la idea della proprietà anche immobiliare. Che se venite a dirmi esser quello un possesso e non una proprietà, io vi rispondo che la distinzione è senza senso pratico tostochè al possesso si annette la idea di godere esclusivamente e liberamente disporre della cosa che si tiene. È poi un errore che vi siano stati popoli i quali abbiano illimitatamente permesso il furto; e lo dimostrò fra gli altri Hamerster *diss. de selectis jur. crim. quaestionibus cap.* 1, §. 2, *pag.* 14; e più modernamente Du-Boys *des principes de la révolution française considérés comme principes générateurs du socialisme et du communisme, Paris* 1852.

§. 2011.

A me pare che il sistema più esatto e completo sia quello di Rosmini *(filosofia del diritto vol.* 1, *pag. 207)* il quale trova la ragione della proprietà nel *congiungimento* delle cose alla personalità umana. L' uomo, dice egli, è indubitatamente padrone di sè stesso e della sua personalità così fisica come morale; dunque diviene padrone altresì di tutto quello che congiunge alla propria personalità. Quando pertanto occupa una cosa della quale ha desiderio e bisogno, e l' occupa con animo di farla sua, la congiunge a sè medesimo; e la cosa in tal guisa unita alla sua personalità deve divenire e rimaner sua finchè un atto contrario dello stesso proprietario non operi il distacco della cosa dalla personalità alla quale si era congiunta. Ma per operare siffatto

congiungimento non basta la semplice occupazione materiale, che darebbe un congiungimento *fisico* soltanto, e per conseguenza incompleto, alla umana personalità; mentre per avere il diritto di proprietà è necessario un congiungimento completo. Perciò occorre che si abbiano ancora gli elementi della congiunzione della cosa alla personalità *morale* di chi la occupa: questo congiungimento alla personalità morale si opera mediante *l' animo* dell' occupante che intende di far sua quella cosa. Così la cosa viene a divenire congiunta alla umana personalità tanto fisica quanto morale, e il diritto di proprietà sorge nell' uomo come accessorio del diritto che egli indubitatamente ha sulla personalità sua. Ma perchè l' animo di far propria la cosa che si occupa non può esistere se non è accompagnato dalla coscienza di poterlo fare senza violazione della legge giuridica, così la occupazione non produce dominio se cade sopra cosa la quale sappiasi già occupata da altri; mentre in tale ipotesi si avrebbe un mero congiungimento fisico senza congiungimento morale. Ecco nei più succinti termini il sistema di Rosmini che a me pare il più semplice ed il più solido di tutti: e basti di ciò (1).

(1) Prima del fatto di una occupazione parziale le cose rimangono nel primitivo loro stato in cui le pose la mano del creatore; il quale stato rimpetto all' uomo dicesi stato di *comunione*. Ma intorno a tale comunione sorge una differenza radicale fra Grozio che la disse *comunione positiva (de jure belli lib.* 2, *cap.* 2, §. 2) e Puffendorf *(jus naturae et gentium lib.* 4, *cap.* 4, §, 5) che meglio la proclamò *comunione negativa*. Comunione *positiva* vuol dire che prima della occupazione individuale tutti gli uomini

avessero ugnalmente ed in comune il promiscuo diritto di proprietà sulle cose che li circondavano: lo che porta alla conseguenza di riconoscere nella consociazione un diritto avventizio già realizzato sopra quelle cose a favore di lei. Il quale errore mena diritto alla conseguenza della negazione di ogni legittimità nella proprietà individuale; perchè se innanzi al momento in cui l' individuo occupò quella cosa che ora dice sua, essa era già nel dominio della consociazione collettivamente guardata, è manifesto che l' individuo occupandola non poteva aver l' animo di farla legittimamente sua perchè la sapeva già occupata da altri; e perciò in mancanza di tale coscienza il congiungimento alla personalità morale dello individuo non potè nascere; e l'occupazione individuale fu un furto non una causa giusta di dominio: ecco a parer mio dove sta l' ultimo nucleo della questione. Al contrario Puffendorf affermando la comunione *negativa* venne a dire che le cose all' uscire dalla mano del Creatore si trovarono in faccia all' uomo *libere* in loro medesime da ogni dominio. Gli uomini in faccia alle cose avevano a comune il diritto di appropriarsele mediante la occupazione. Ecco la comunione o il diritto comune fra tutti gli uomini quale lo descrive Puffendorf. Era un diritto di gius naturale *assoluto* non di gius naturale *ipotetico*. Era il *diritto di appropriarsi* le cose vacanti; non era il *diritto di proprietà* sulle cose stesse. Il diritto naturale avventizio di proprietà potè dunque nascere legittimamente a favore dello individuo che prima degli altri occupò una cosa con animo di farla sua perchè gli altri non avevano su quella cosa che un diritto potenziale non ancora convertito nel diritto avventizio di proprietà; e perciò la occupazione individuale non fu lesiva del diritto altrui; non potendo immaginarsi lesione di tale diritto in altri nello esercizio dello identico diritto che ha in sè l'individuo occupante, lo che condurrebbe alla negazione del diritto stesso in tutti, e sarebbe contradittorio. In una parola il diritto originario assoluto che ha ogni individuo in sè di

occupare le cose vacanti si convertirebbe nel diritto di impedire agli altri lo esercizio del diritto medesimo. E per la vicendevole collisione sarebbe contradittorio. Dunque lo stato primitivo di comunione delle cose bisogna intenderlo con Puffendorf di una comunione *negativa:* potenzialità di acquistare dominio uguale e comune in tutti: attualità di dominio in nessuno individuo, ed in nessun consorzio d'individui. Che se una primitiva occupazione fatta da una tribù o da un consorzio di uomini attuò sopra certe cose un dominio positivamente comune in tutta la consociazione, il consorzio stesso creò col fatto suo il diritto avventizio di proprietà, ma lo creò a benefizio di tutti i consorti: i quali poi se vennero a divisione fra loro delle cose occupate, nacque la proprietà individuale per un modo *derivativo*, e sempre legittimamente. Molte proprietà potranno storicamente risalire ad un furto, ma per questo non può dirsi che la proprietà sia un furto: come la nascita di molti figli spurii non autorizza a dire che tutti gli uomini sono bastardi.

§. 2012.

Il dominio si compone di vari elementi; i quali però non è necessario che tutti concorrano *in atto* affinchè possa dirsi perfetto lo *jus proprietatis,* potendo esso rimaner tale anche quando alcuni di codesti elementi siano in atto manchevoli. Essenziale al dominio è il diritto *di escluderne altri,* senza del quale esso è inconcepibile: ma il dominio si svolge in diverse facoltà, che dai pubblicisti si considerano come possibilmente accidentali; il difetto delle quali rende il dominio *meno pieno,* ma non lo fa scomparire: e sono — 1.° lo *jus possidendi;* che include il diritto di acquistare, mantenere, e recuperare il

possesso — 2.° lo *jus utendi fruendi;* cioè di percipere e godere tutti i frutti e tutte le accessioni della cosa — 3.° lo *jus disponendi;* di disporre cioè a libito proprio della sostanza della cosa, ed anche distruggerla, alterarla, cederla e simili. Ogni azione dei terzi che leda il diritto di proprietà o nella sua condizione essenziale o nelle facoltà a lei inerenti, dovrà certamente costituire un delitto. Ma non sempre sarà un *delitto contro la proprietà* da collocarsi nella presente classe. Cadrà nella presente classe il reato quando avrà colpito il dominio *oggettivo;* avrà cioè operato sopra la cosa che è obietto del dominio. Ma non cadrà nella presente classe quando avrà colpito il diritto *soggettivo* soltanto, cioè operando sulla persona nella quale risiede il diritto. Così tra le facoltà inerenti al dominio vi è lo *jus disponendi:* ma se taluno avrà usato violenza ad altri per impedirgli (a modo di esempio) di far testamento, o vendere, od acquistare una cosa, la oggettività del reato starà ancora nello *jus dominii,* del quale fa parte la facoltà di disporre del proprio: ma da lato a questa sorgerà una oggettività giuridica diversa e prominente sulla quale si è estrinsecata l'azione; e questa condurrà il reato nella classe dei delitti contro la *persona,* e più specialmente nei delitti contro la libertà individuale. Ecco perchè il furto violento e la estorsione appartengono alla presente classe: di questi reati si esaurì la consumazione sulla cosa estorta o rapita la quale fu il soggetto passivo del delitto. Al contrario la violenza usata per impedire di testare o per costringere a fare un contratto non si colloca nella classe presente perchè esaurì la sua consumazione sulla persona impedita

o costretta, la quale fu il paziente e nel tempo stesso il soggetto passivo del maleflzio.

§. 2013.

Ma quale sarà il metodo che terremo nella partizione della presente classe? Generalmente gl'institutisti divisero i reati contro la proprietà in delitti contro i *beni mobili,* e delitti contro i *beni immobili;* aggiungendovi una terza serie che trovarono nei delitti contro i *beni semoventi,* senza però poter dare della formazione di questa terza classe nessuna ragione che non fosse prepostera. Ma questo criterio di divisione è fallace. In primo luogo è inesatto nella definizione del *furto* il quale, come vedremo, può cadere anche sopra una porzione d'immobile che la mano del ladro abbia mobilizzato per asportarla. In secondo luogo è inesatto nella nozione del danno dato il quale appunto per la ossequenza cieca a tale divisione venne da molte scuole a limitarsi ai danneggiamenti di beni immobili; lasciando così senza titolo il guasto dolosamente operato per vendetta sopra un mobile altrui, per quanto prezioso, che può avere spesso un valore maggiore assai di quello non abbia un muro rotto od una pianta recisa. In terzo luogo parve inesatto noverare fra i mobili gli animali; e ad evitar ciò si credette necessaria la creazione della terza serie dei semoventi, senza alcun profltto scientiflco. Ecco le principali ragioni per cui nella partizione della materia io mi allontano dal criterio comunemente preferito.

§. 2014.

La causa di delinquere ho detto più volte non doversi assumere come condizione essenziale costitutiva della specialità dei reati; perchè la oggettività giuridica che dà la essenza al maleficio sta nel diritto attaccato, e non nel bene o vantaggio che proponevasi di conseguire il delinquente. Ma questa verità ho sostenuto e sostengo come regola generale, senza però escludere che essa possa incontrare delle eccezioni. E la eccezione a cotesta regola io la trovo precisamente nei *delitti contro la proprietà;* nei quali il diverso vantaggio che volea conseguire l'agente se non muta le condizioni giuridiche del fatto perchè sempre si è attaccato lo identico diritto di proprietà, ne muta però le condizioni politiche, perchè lo attacco contro la proprietà si presenta come più temibile quando procede per un fine, e meno temibile quando per altro fine procede. Chi per arricchirsi mi afferra e mi ruba l'orologio viola il mio diritto di proprietà su quell'orologio come lo viola colui che mi afferra e per fine di farmi dispetto a sfogo di vendetta mi strappa l'orologio e lo fa in pezzi sotto i miei occhi. Ma pure in quei due fatti il senso morale proclama intercedere grandissima differenza. L'autore del primo fatto è avuto a vile, aborrito, e temuto da tutti: l'autore del secondo non è avuto altrettanto a vile, nè altrettanto temuto. E i legislatori antichi e moderni in quella diversità di fine, trovarono lodata ragione di distinguere, fino al punto di costituire di quei fatti due titoli immensamente diversi.

§. 2015.

Perciò nella partizione della presente materia ho amato uniformarmi a questa idea moderna, e seguendo le orme dell' Erhard *(de furti notione, liber singul.)* dividere i reati contro la proprietà secondo il criterio dei diversi fini del colpevole. Nella prima divisione pertanto io tratterò di quelle offese alla proprietà che procedono da *avidità di lucro:* nella seconda divisione dirò di quelle che procedono da *animo di vendetta.*

DIVISIONE I.

Delitti contro la proprietà che procedono da avidità di lucro.

§. 2016.

In questa prima serie di reati contro la proprietà sebbene debba trovarsi comune a tutte le singole specie in lei contenute il carattere del movente nella avidità, s'incontrano per altro importanti suddivisioni derivate dalle differenze che abbiamo notato intercedere tra le varie facoltà inerenti al dominio. Ho detto che alcune di tali facoltà possono accidentalmente non concorrere, e nonostante il dominio resta. Così può un proprietario non avere il *possesso* della cosa sua; può aver ceduto ad altri il diritto di goderla; e nonostante rimanere proprietario. Ora ognuno comprende che la proprietà piena la quale presenta al completo il concorso di tutte

le facoltà a lei inerenti, ha un valore maggiore di quello non abbia la proprietà a cui manchi in atto la concomitanza di tali facoltà. Laonde potendo avvenire che l'azione malvagia ora attacchi una proprietà completa, ed ora una proprietà accidentalmente scompagnata da alcuna di quelle facoltà, è intuitivo che la lesione nel primo caso avrà violato un diritto che offrirà un valore maggiore di quello offerto dal diritto violato nel secondo caso. In questo sta il cardine della classica divisione tra *furti propri* e *furti impropri*. Quando per opera del delinquente il proprietario è stato spogliato di un dominio che era completo, accompagnato cioè dal possesso della cosa e dal suo attuale godimento, il *furto* è *proprio;* vale a dire completo anch'esso nei suoi caratteri giuridici. Quando invece il proprietario non fu leso che in un dominio al quale accidentalmente mancava l'attuale concomitanza di quella facoltà, e più specialmente del possesso e godimento attuale della cosa, il *furto* diviene *improprio;* che è quanto dire meno completo anch'esso nelle sue condizioni giuridiche. Tale impropriazione portò eziandio a togliere a coteste seconde configurazioni il nome di *furti,* rimasto in senso proprio alle prime; e ad attribuire molteplici specialità di nomi ad ogni variazione di forma incontrata nei furti impropri. Del pari, sempre stando fermo lo spirito di avidità diretto ad arricchire sè stesso sugli averi altrui, un ulteriore divario nella forma giuridica del reato dovette scorgersi quando il medesimo anzichè estrinsecarsi col trasporto di un mobile si estrinsecava con la invasione di un immobile; e così la condizione di immobile nella cosa altrui maliziosamente usurpata fece

nascere nuovi nomi e nuove specie ulteriori, come il *turbato possesso* e l'*amozione di termini:* ma di questi nomi e di queste specie, e della storia e caratteri respettivi dovrò dire a suo luogo, dopo avere esposto la teorica del *furto proprio.*

CAPITOLO II.

Furto *in genere. Sua* definizione, *e* criterii essenziali.

§. 2017.

La esposizione dei criterii essenziali del furto piacemi farla con metodo sintetico. Definiamo dunque il furto (1); e l'analisi della definizione ci svolgerà innanzi con tutta lucidità i criterii essenziali di questo malefizio. Il furto è — *la contrettazione dolosa della cosa altrui fatta invito domino con animo di lucrare.* Ogni parola di questa nozione merita uno speciale commento.

(1) Bibliografia — Bonifacio *de furtis* — Canneman *diss. de furto nocturno* — Angelo *de delictis cap.* 57 *ad* 61 — Sevenstern *de furti notione* — Schlockwerder *de poena furti* — Lucas *du vol* — Lange *de furto ferarum* — Laval *du vol* — Muller *diss. de furtis* — Van Der Straten *diss. de antiquo furto* — Wissenbach *disputat.* 41 *de furtis, et* 43 — Vernesco *du vol* — Hellbach *selecta criminalia, posit.* 86, 63, 118, 147 — Van Der Hoeven *de furtis ex jure XII tabularum* — Wernenberg *diss. de suspendio furis* — Witteveen *diss. de furtis* — Waechter *della consumazione del furto* (Mori *scritti germanici vol.* 3, *pag.* 371)

— Beck *de vera furti consummati notione* — De Simoni *del furto e sua pena (trattati criminali vol. 4)* — Ala *foro criminale* — Winckler *opuscula vol. 1, opusc. 18, et 19* — Bresc *de officiis actuarii contra fures* — Schultz *de jure vitae et necis in furem* — Lalain Chomel *de furtis* — Niegisch *de usucapione rerum furtivarum* — Sachse *de furtis agrariis* — Studer *de furto ferarum* — Moll *de natura furti ex jure Romano, Berolini* 1865 — Kartausius *de furto usus* — Handiery *de furtis, Lipsiae* 1857 — Van Vryhoff *observationes cap. 20, de furtis, et cap. 28* — Herard *de notione furti.*

§. 2018.

Contrettazione — La parola *contrectare* scelta dai romani per designare l' atto consumativo del furto significa traslocare, o muovere da luogo a luogo una cosa (1). Generalmente s' insegna che il furto è un delitto *formale*, e non un delitto *materiale*. Il delitto è *formale* quando si consuma con il solo esaurimento dell' azione subiettiva, quantunque alla medesima non sussegua l' evento che si voleva; è *materiale* quando ad avere la consumazione del delitto occorre che all' azione esaurita tenga dietro un evento che effettivamente violi il diritto attaccato. Ora si è guardato il furto come un delitto formale perchè non toglie la sua consumazione la mancata locupletazione del ladro, quando (a modo di esempio) abbia smarrito la cosa rubata o il proprietario glieľ abbia ritolta. Ma con tale argomento si è scambiato il *fine* agognato dal colpevole con l' *evento consumativo* del malefizio. La oggettività giuridica del reato non s' identifica sempre col fine agognato dal reo, e non per questo sono tutti formali i de-

litti nei quali non ricorre tale identificazione. Chi uccise un congiunto per lucrarne la eredità potè restar deluso nel conseguimento del suo fine perchè il congiunto ucciso aveva testato a favore d'estraneo: ma non per ciò si potrà dire che quello era un delitto formale perchè fu consumato benchè non fosse raggiunto il fine. Il criterio del delitto formale sta nello esaurirsi con la semplice *azione* la violazione del diritto, senza bisogno che all'azione tenga dietro un risultamento materiale. Così è delitto formale la ingiuria. Ma se il furto si consuma con la *contrettazione* e non già (notisi bene) col *portar la mano sulla cosa altrui,* egli è chiaro che di un *evento* consecutivo all'azione anche esso abbisognava; cioè del risultamento che la cosa altrui sia stata rimossa da luogo a luogo: questo è l'evento consumativo perchè in questo (e non nel solo esser *tocche* le cose nostre) sta la violazione del nostro gius di possesso che rappresenta la oggettività immediata del furto. Pongasi che un ladro abbia portato con ogni sua forza la mano sopra la cosa mia per recarla seco; ma la cosa fosse infissa nel muro, o troppo pesante sicchè egli non sia riuscito a rimuoverla di una linea dal luogo dov'era. L'azione del ladro è esaurita, e se il furto è delitto formale questa ipotesi ci darà la figura di un delitto consumato: ma invece tutti vi scorgono un furto tentato perchè la amozione della cosa da luogo a luogo, ossia la contrettazione, non è avvenuta. Dunque un evento consecutivo all'azione è necessario ancora nel furto: ed è appunto il traslocámento dell'oggetto altrui. Sta in questo *effetto materiale* la violazione del diritto di possesso che rappresenta la consuma-

zione del furto; questo è lo evento che deve conseguire all'azione onde essa per quanto esaurita esca dal tentativo per divenire furto consumato. Per tali considerazioni io mi permetto di dubitare malgrado lo insegnamento comune, se il furto possa dirsi un delitto formale. Per dirlo tale bisognerebbe poterlo definire il *toccamento* della cosa altrui come la ingiuria si definisce il *proferimento* di una parola.

(1) Il Bonifacio *(de furtis* §. 5, *n.* 1) fa derivare la parola *contrectatio* da *contrahere*, trarre a sè: Calvino *lexicon juridicum verbo* contrectare. Che poi la *contrectatio* sia una cosa diversa dalla *sottrazione* è evidente dalla *l.* 21 *in princ. ff. de furtis*, dove il giureconsulto fa la ipotesi che il ladro abbia contrettato tutte le cose da lui trovate in un armadio, e poi ne abbia portata via una sola; *omnes res quae in eo erant contrectaverit, atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his abstulerit;* e lo dichiara reo del furto così delle prime come della seconda. Vedasi su quel frammento il Neri *analectorum lib.* 1, *cap.* 16 *(in Thes. Ottonis vol.* 2, *col.* 348).

§. 2019.

La parola contrettazione getta luce pertanto sulla questione relativa al vero momento consumativo del furto. La scuola italiana moderna e la costante pratica toscana, abbandonate le benigne distinzioni degli antichi Dottori (1) accettò come regola indubitata che il furto sia consumato tostochè il ladro portata la mano sull'oggetto che voleva rubare lo rimosse a tal fine dal luogo dove il proprietario lo aveva collocato. Questa opinione in faccia alla scienza si dimostra per diverse osservazioni. In primo luogo il

furto consiste in una violazione del possesso altrui; laonde è chiaro che al primo momento in cui io mi sono impossessato della cosa che era in possesso di altri, la violazione del possesso è avvenuta senza aspettare che lo impossessamento da me usurpato si prolunghi di un certo tratto, e molto meno che io mi faccia padrone di quella cosa. Anzi sarebbe assurdo cercare la consumazione nell' acquisto del dominio per parte del ladro, perchè non acquistandosi mai il dominio della cosa furtiva, tutti i furti sarebbero sempre tentati e mai consumati ove si pretendesse a tal fine la consecuzione della proprietà. D' altronde se si prescinde da questo primo momento della amozione, che già in sè presenta completa la violazione del possesso, non si sa più dove trovare un criterio esatto per definire il momento consumativo del furto. In fatti tra i seguaci della opposta dottrina scorgesi inevitabile fluttuanza. Altri vollero che il furto fosse consumato quando l' oggetto rubato era stato tolto dalla *camera* dove si trovava: altri vollero che fosse tolto dall' *appartamento:* altri dalla *casa* del padrone: altri anche dalle *adiacenze;* allegando non potersi dire consumata la violazione del possesso fintantochè l'oggetto trovandosi tuttavia nel domicilio del proprietario o sue adiacenze rimaneva nel suo possesso. Ma qui s' introduceva latentemente il sofisma di confondere il possesso della *casa* col possesso della *cosa.* Non tutte le cose che sono in casa mia sono possedute da me: gli oggetti che altri ha seco quando entra in mia casa si possiedono da lui e non da me: ciò è intuitivo: e quando il ladro entrato in mia casa prende la roba mia si rende egli possessore della

medesima quantunque io rimanga possessore dell' abitazione.

(1) Carmignani *elementa* §. 1037; ed ivi Ambrosoli alla *nota 4* — Puccioni *commento del codice penale Toscano art.* 374. Piace il contrario al Giuliani (*istituzioni vol.* 2, *pag.* 495) ed al Puttmann (*elementa* §. 423) dove sostiene che il furto non sia consumato finchè il ladro non ha posto in sicuro la cosa; e così ne induce doversi dire furto semplicemente tentato quello che i romani chiamavano furto manifesto e doversi dire consumato il non manifesto. Tutta la disputa si fa giocare sulla differenza che sembra trovarsi fra lo impossessamento del ladro e lo spossessamento del proprietario: ma se si avverte che la stessa cosa non può contemporaneamente possedersi da due, bisogna riconoscere che lo impossessamento del ladro porta di necessità allo spossessamento del padrone. Non è poi esatto cercare come condizione dello impossessamento che il ladro abbia acquistata nell' animo la *sicurezza* di aver fatto suo l' oggetto involato. Le condizioni costitutive del possesso non dipendono niente dalla opinione di sicurezza ma dall' atto corporeo di impadronirsi della cosa informato dall' animo di farla sua. Sembra che la semplice amozione quantunque non susseguita dalla asportazione siasi tenuta come costituente la consumazione del furto anche dalla Corte Suprema di Milano nei due giudicati del 15 marzo, e 15 luglio 1858. E così la pensa il Giordani nel suo *commento* al §. 171 del codice Austriaco, quantunque cotesto codice usi il verbo togliere. Peraltro la Corte Suprema di Giustizia in Vienna col giudicato del 21 marzo 1866 parve ritenere in contrario che alla consumazione del furto fosse necessaria la asportazione. Un tale avendo ucciso un capriolo nella tenuta altrui, dopo averlo nascosto in un cesto andò a cercare un compagno: e questi tornato con lui colà lo aiutò ad asportare il capriolo. Presso noi quel compagno

essendo sopraggiunto a furto già consumato non si sarebbe potuto punire che come ricettatore, o favoreggiatore del furto. La Corte invece lo punì come autore; lo che induce che il furto si ritenesse consumato soltanto al momento della asportazione. Ma io osservo che niente repugna contemplare il fatto sotto un diverso punto di vista rispetto al primo e rispetto al secondo colpevole, e su questo proposito vedasi la distinzione che faccio al §. 2242.

§. 2020.

Malgrado ciò non manca chi opìni diversamente e la scuola francese anche contemporanea procede concorde nell'opposto principio. Perciò il codice Francese (art. 379) definisce il furto non una *contrettazione* ma una *sottrazione*. Sottrarre, levare di sotto, togliere dalla mano d'alcuno, vuolsi usare per designare appunto che la cosa fintantochè rimane nella casa del padrone non è ancora a lui sottratta. Così avviene che in Francia si ravvisa universalmente un furto tentato dove noi troviamo il furto consumato. Lo stesso potrà dirsi in faccia al codice Ticinese che (art. 335) usa il verbo *togliere:* ma ciò non può sostenersi in faccia al diritto romano che *(leg. 1, ff. de furtis)* lo definì una *contrectatio,* nè in faccia alle pratiche e successive legislazioni che riprodussero la *contrectatio.* E molto meno lo si potrebbe in faccia al codice Toscano che (art. 374, §. 1) usa la formula *chiunque s' impossessa,* formula esattissima e netta per la quale non potendo dubitarsi che il ladro quando ha recato sotto la propria mano anche per brevi momenti la cosa altrui se ne sia *impossessato,* neppure può dubitarsi che nella

semplice *amozione* si abbia la consumazione del furto; perchè lo impossessarsi di uno già offre completa la lesione del possesso altrui. Uguale conclusione bisogna accettare in faccia al codice Spagnuolo del 1848 (art. 437) che usa il verbo *prendere (tomar)* (1) verbo sostanzialmente diverso dal verbo *togliere*, o *sottrarre*.

(1) Il Valdeson nella traduzione di quel codice diede prova di esattezza volgendo codesto verbo nel francese *s' emparer*, che equivale allo *impossessarsi* del codice Toscano. Questa sostanziale differenza tra l' uso di uno o di altro verbo, fu avvertita dalle Cortes nel loro disegno di codice del 1822 dove congiunsero i due verbi *prendere* e *togliere (toma*, o *quita)* nella definizione che all' art. 745 proposero del furto. E ciò anche una volta dimostri la vitale importanza che assume in un codice penale l' uso di una o di altra parola.

§. 2021.

Questa divergenza sul momento consumativo del furto refluisce ancora sulla definizione del momento costitutivo del conato punibile. Definito il furto una sottrazione, un toglimento, un portar via, esso non si consuma finchè la cosa non è sottratta, tolta, portata via. Il prendere la cosa incomincia allora la consumazione, ma non la compie. E ciò conduce i francesi ad insegnare concordemente (1) che col prendere la cosa incominciandosi la esecuzione del furto, non si ha di questo un tentativo punibile finchè il ladro non ha appreso con la mano ciò che voleva rapire; e così non hanno ravvisato principio di esecuzione e tentativo del furto nella effrazione, nello scalamento, nell' uso di falsa chiave per in-

trodursi in casa altrui, e neppure in tale introduzione sebbene operata con quei mezzi. Anche qui in coerenza alla definizione che dà del conato punibile il loro articolo 2, il quale non ogni *tentativo* punisce ma soltanto quel tentativo che sia susseguito da un principio di esecuzione; il quale sistema condurrebbe all'assurdo di non aver quasi mai tentativo di furto se si applicasse appo noi che troviamo la consumazione nel solo porre la mano sulla cosa altrui e rimuoverla dal suo luogo al fine di recarla in nostro possesso.

(1) Vedasi Rossi *traité de droit pénal lib.* 2, *cap.* 29 — Blanche *Etudes pratiques sur le code pénal tom.* 1, *n.* 10 — Morin *Répertoire verbo vol, n.* 49, 51. La Corte di Colmar declinò recentemente da questa massima (24 febbraio 1865) in un caso nel quale ricorreva *doppia* insalizione. Pare che nella prima insalizione si ravvisasse la *manifestazione* per *atti esterni*, susseguita mercè la seconda insalizione da un principio di esecuzione. Per noi dove è atto esteriore con *univocità* e *idoneità* è tentativo punibile.

§. 2022.

Ma poichè la contrettazione della cosa deve esser fatta con animo di farne lucro bisogna aver presente la distinzione fra amozione *preparatoria* e amozione *definitiva*. Dicesi *definitiva* la amozione che si fa della cosa che vuolsi veramente rubare. Provato ciò, il furto è consumato ancorchè la cosa rimossa siasi dal ladro posata poi in qualche luogo della stanza medesima per ivi accumularla con altre cose delle quali va in cerca. Dicesi *preparatoria* l'amozione che il ladro abbia fatto della cosa altrui,

non pel fine di rubar quella, ma pel fine di farsi strada a raggiungere altre cose che veramente disegna rubare; come chi prendesse una sedia per salirvi e giungere ad uno scaffale dove siano gli oggetti che veramente vuole appropriarsi. Così la Corte Regia di Firenze declinò il titolo di furto consumato nel fatto di alcuni ladri i quali credendo trovare del denaro nascosto in un armadio ripieno di biancheria lo avevano sfondato ed avevano gettato per terra tutti quei panni per cercare il supposto denaro. La amozione di quei panni fu detta giustamentè preparatoria.

§. 2023.

Dolosa — Non può essere furto qualunque amozione innocente di cosa altrui, e nemmeno può concepirsi la figura giuridica di un furto colposo. Non in tutti i delitti la colpa sviluppa gli elementi della sua imputabilità. La imprudenza umana ha bisogno di essere frenata e repressa dalla legge allora soltanto quando sia causa di un *danno non reintegrabile*. Chi per disavvertenza abbia preso la cosa altrui, se poscia conosciuto ciò la ritenga, potrà essere allora in dolo. Ma primachè l'animo suo faccia passaggio dalla fase della imprudenza alla fase del malvagio proposito di arricchirsi con altrui danno, la riparazione completa della imprudenza (ottenibile con la restituzione dell'oggetto) elimina ogni carattere politico dal fatto.

§. 2024.

Qui i Romani alla parola *contrectatio* applicarono il predicato *fraudolenta* anzichè *dolosa;* ed anzi tanto furono tenaci della idea di *fraude* nel furto che fuvvi tra loro chi volle desumerne la etimologia (1) da quella parola. Ciò deriva da questo che i Romani distinsero i *fures* dai *raptores* (2): la quale distinzione ebbe origine dallo avere il pretore accordato contro i rapitori violenti la speciale azione *de vi bonor. raptor.* Laonde serbando questo nome ai furti accompagnati da violenza stava bene che designassero il furto nella sola contrettazione accompagnata da fraude, cioè occulta e maliziosa. Ma noi che nella nozione generale del furto comprendiamo anche i furti violenti ed ogni altro furto proprio quando anche in certe speciali forme riceva un nome particolare, dobbiamo usare la espressione *dolosa* come più larga.

(1) La divergenza sulla etimologia della parola furto risale al testo romano: poichè Paolo *(l. 1, tit. 47, ff. de furtis)* ci narra che Sabino la derivava da *fraude;* Labeone da *furvo* (nero) sia per indicare la oscurità di cui circondasi il ladro sia per indicare che i furti si commettono più frequentemente di notte; ed altri la derivavano da *ferre* o *auferre;* altri dal verbo greco che esprimeva la identica idea. Chi si diletta in tali ricerche può vedere Menagio *Amoen. jur. cap.* 39, *pag.* 285 *et seqq.* — Antonio Augustino *emendat.* 44, *(in Thes. Ottonis tom.* 4, *pag.* 1531 *et seqq.)* — Scipione Gentile *Orig. ad Pandect. (in Thes. Ottonis tom.* 4, *pag.* 1372) — Schultingio *ad Caj Institutiones* 2, 10. §. 3, *nota* 26 — Mar-

ckart *interpret. rec. lection.* 2, 6, *pag.* 208 — Muta *decisiones siculae decis.* 40, *fol.* 215, *n.* 11.

(2) Sulla distinzione tra *fures* et *raptores* vedasi *leg.* 1, *ff. vi bonor. raptor.* e *l. si quis ex domo in princ. ff. de furtis.* I romani ebbero inoltre diversi nomi speciali che davano ai ladri secondo i loro diversi modi di rubare. *Derectarii* dicevano coloro che si introducevano nelle altrui case a fine di rubare; *l.* 1, *ff. de effractor.* — Cujacio *lib.* 10, *observ. cap.* 27 — Puttmann *adversar. lib.* 3, *cap.* 6, *pag.* 112. *Balnearii,* espressamente contemplati dal titolo *de furibus balneariis* del *Digesto,* erano quelli (§. 2179) che esercitavano le arti loro nei pubblici bagni. *Saccularii* secondo il Calvino *(lexicon, verbo saccularij)* sarebbero stati quelli che con magiche arti estraevano dalle altrui tasche il denaro: *l.* 7, *ff. de extraordin. criminibus.* Secondo altri sarebbero stati quelli che Plauto *(in Trinum att.* 4, *scen.* 2, *vers.* 20) chiamò *zonarii,* cioè i taglia borse (Fabro *thes. erudit. verb. saccularius* — Struvio *syntagma juris exercit.* 48, *lib.* 47, *tit.* 11, §. 81 — Langleo *semestrium lib.* 8, *cap.* 3, *pag.* 609) ed altri chiamò *crumenisecae* o *marsupicidi* o *bursicopi:* Harpprecht *dec.* 6, *n.* 10. *Vecticularii* erano quelli che rubavano forando i muri: *qui* VECTIBUS (cioè pali di ferro) *parietes perfodiunt alienas furandi gratia:* Langleo *semestrium lib.* 8, *cap.* 3, *pag.* 506; e questi venivano ancora nominati *apertularii.* Finalmente *vespertiliones* chiamavano i ladri notturni dall'andare attorno nella notte: Bonifacio *de furtis* §. *furtum, n.* 74.

§. 2025.

Ma non bisogna nel furto scambiare il *dolo* con la *intenzione di nuocere.* È un abuso ed una confusione troppo frequente quella di considerare come formule identiche l'*animus nocendi* e la *intenzione di nuocere.* I criminalisti francesi per difetto

di parole equivalenti sono costretti ad usar troppo spesso quella loro formula *intention de nuire, à dessein de nuire.* Ma noi italiani erreremmo a partito se facessimo altrettanto. La parola *animus* ha due contenuti possibili, la *previsione* e la determinazione; e si adatta così a designare tanto la fase dell' animo nostro per la quale si prevede che una nostra azione sarà nociva ad altri, fermandosi così ad uno stato di pura coscienza in rapporto al male che cagioniamo, quanto la fase ulteriore dell' animo con la quale al male previsto volgiamo l' affetto, il desiderio, e ci determiniamo ad agire per conseguirlo. La formula intenzione di nuocere al contrario non bene risponde a quella prima fase dell' animo, e facilmente conduce a desiderare la seconda. Ma grave errore teorico e fecondo di pericoli in pratica sarebbe quello di chi cercasse nella *intention de nuire* i caratteri costitutivi del dolo in molti reati. Così chi ha contatto con femmina altrui non agisce già (almeno nei casi ordinari) per il fine di nuocere al marito: chi narrando un fatto denigrante sparge infamia sopra taluno non ha molte volte intenzione diretta a nuocere. L' uno tende a soddisfare la sua voglia carnale, l' altro la trista vanità della maldicenza; neppur conoscono l' offeso; forse ne sono amici, o almeno non gli portano odio; ma pure sono in dolo, perchè fanno intenzionalmente quell' atto dal quale prevedono derivarne lesione all' altrui diritto; e l' *animus nocendi* ricorre nella volontà di fare un atto che si conosce nocevole al diritto, sebbene il fine *a cui intendiamo* non sia precisamente il nocumento altrui, ma un nostro bene o godimento qualunque. Se così non fosse il

dolo sfuggirebbe quasi sempre dal reato di furto, perchè rara ed eccezionale è la ipotesi di un ladro che rubi ad un nemico per il fine di rovinarlo. Il dolo del furto consiste nella intenzione di arricchire sè stesso, ed è dolo determinato quantunque niente si vagheggi come fine dell' atto nostro il pensiero del dolore o del disastro patrimoniale che si reca all' offeso; ed a costituirlo basta che il ladro sappia che la cosa è altrui, senza che sia necessario che egli conosca *a chi precisamente appartiene: l. 43, §. 4, ff. de furtis* — Eyben *de assassinio thes. 12.*

§. 2026.

Cosa — Questa parola richiama a diverse osservazioni indispensabili a circoscrivere la nozione del furto — 1.° la parola *cosa* a questo luogo non ha limiti in quanto al valore. Purchè un qualche valore vi sia, per quanto minimo, è sempre furto. Ciò dimostrossi elegantemente dal Wasmuth, nelle sue *exercitation. cap. 5, de furto gallinae* (1). Ciò si esemplifica dalla Glossa nel furto dell' ovo; ed è principio universalmente accettato; salvo ad aver riguardo alla esiguità del valore nel misurare la quantità naturale del furto. Un valore è peraltro necessario che nella cosa vi sia: laonde nel caso di un furto caduto sopra *un foglio di banca falso* io opinai che non vi fosse furto nè consumato nè tentato.

(1) Anche il Dutry destinò uno studio speciale sul furto degli oggetti di meschini valori, che intitolò *dissertatio de furto rei minimae*. In Toscana parve esitarsi sulla illimitata applicazione di questa regola e volgarmente si era in-

trodotta anche nel linguaggio popolare una distinzione fra *ladri* e *gallinari*, iudicando con questa seconda denominazione quei giovinastri che si davano a rubar polli per fare delle cene. Il titolo di vero furto si conservò però anche alla sottrazione dei polli; e soltanto la pratica nostra a moderare l' esorbitante rigore della pena contro il terzo furto, aveva detto che a tal fine non dovesse sommarsi lo involamento di polli. Ma poi la Corte di Cassazione con due successivi giudicati del 24 e del 30 aprile 1850 (*Annali di Giurisprudenza Toscana XII*, 1, 329, 339) stabilì che anche per formare il numero dei tre furti fosse calcolabile la sottrazione di polli, sia quando era stata commessa al mezzo di effrazione, sia quando fosse caduta sopra esteso numero di quegli animali. Vedansi Dolfio *allegatio* 61, *n.* 19 — Bergero *resolutiones Lauterbachianae lib.* 47, *tit.* 2, *quaest.* 2 — Leyser *meditat. in Pandect. spec.* 537, *medit.* 7.

§. 2027.

2.° — Nella definizione del furto comunemente aggiungesi a questo luogo il predicato *mobile* alla parola cosa. Gl' immobili dicevasi *non contrectantur sed invaduntur*; i semoventi *non contrectantur sed abducuntur si homines, vel abaguntur si belluae sint.* Ma l' aggiunta di questo predicato che potè sembrare necessario quando per favore dell' agricoltura nella abazione del bestiame si ravvisò un titolo distinto dal furto, che si denominò *abigeato;* non lo è più oggidì che anche quella rientra nella generale denominazione di furto. D' altronde anche sulla cosa che era *immobile* nelle mani del proprietario, può cadere il furto quando il colpevole ne ha *mobilizzato* una parte. Che di più immobile della terra? Eppure è furto sottrarre dal campo altrui qualche

corbello di terra o di arena per usarne a proprio vantaggio (1).

(1) Il titolo di furto nella sottrazione di una parte d'immobile mobilizzata dal ladro si è costantemente applicato dai nostri Tribunali: *Annali Toscani XVIII*, 1, 333, 334. La questione in precisi termini di sottrazione di *arena* fu proposta alla Cassazione di Francia; la quale il 24 decembre 1862 ritenne il titolo di *furto* stante la mobilizzazione; conforme fu il giudicato della stessa Corte del 14 luglio 1864. Lo stesso fu deciso a più forte ragione in termini di furto di pietre: Morin *Journal de droit criminel art.* 8315. E d'altronde la regola è testuale: così Alfeno alla *l.* 57, *ff. de furtis — si cretae fodiundae causa specum quis fecisset et cretam abstulisset fur est: non quia fodisset sed quia abstulisset.*

§. 2028.

3.° — Deve inoltre avvertirsi in ordine al soggetto passivo del furto non essere neppur necessaria la sua *tangibilità.* Già per principio generale sappiamo che l'uso di *mezzi indiretti* (1) piuttosto che di diretti non altera la essenzialità dei malefizi. In specie questa regola si applica al furto quando avvenga che la cosa non sia tolta al possesso altrui mercè un'azione della mano del colpevole sopra la cosa stessa, ma per virtù di un artifizio qualunque che la conduca dal possesso dell'uno nel possesso dell'altro; come si esemplifica nell'animale che adescato dal ladro passi da luogo a luogo. Per conseguenza di tali principii viene a trovarsi che la tangibilità della cosa non è requisito necessario del soggetto passivo del furto: e alla più notevole ap-

plicazione di questo vero aperse occasione nella scienza penale il progresso delle umane industrie che offrì alle città nuovi elementi di luce. Mediante clandestine introduzioni di tubi nei conduttori del gaz si operò la deviazione di quel fluido a servizio di particolari che volevano risparmiare la tassa. Fu deciso dai tribunali italiani e stranieri (2) esaurirsi in simili fatti tutte le condizioni del furto, e fu deciso benissimo; perchè sebbene la definizione contemplando i modi ordinari descriva nella *contrectatio* una operazione piuttosto soggettiva che oggettiva, nel suo spirito però non guarda alla azione diretta della mano sopra la cosa che si vuole rubare, purchè si usi tal mezzo per cui la cosa medesima passi indebitamente dal possesso legittimo nello illegittimo.

(1) È tanto indifferente la qualità dei mezzi con cui si eseguisca la contrettazione che la medesima può eseguirsi dallo stesso proprietario, e non ostante si ha il titolo di furto. La ipotesi è testuale, trovandosi alla *l.* 21, §. 1, *ff. de furtis.* E sebbene qualche interpetre (Van Vryoff *observationum cap.* 28, confutato da Puttmann *interpetrat. et observat. cap.* 23) creda trovare una menda in quel frammento, la fattispecie peraltro è chiarissima. Alcuno che aveva ricevuto in deposito un sacchetto di venti aurei volendo restituire il deposito diede per errore un altro sacchetto suo proprio dove erano trenta aurei. Il deponente, dice Ulpiano, conobbe bene l'errore dell'amico, e non ostante accettò il sacchetto non suo. E il giureconsulto risponde *teneri furti decem nomine.* E la ragione ce la dà Scevola alla *leg.* 18, *ff. de condictione furtiva — quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.* Nè potrebbe dubitarsi che per le moderne dottrine il furto s'impropriasse mercè la consegna del possesso fatta dal proprietario; per-

chè la consegna dei dieci scudi propri (nella ipotesi di Ulpiano) è fatta senza animo di consegnare cosa sua, ma nella credenza di consegnare cosa altrui, e così senz' animo di abdicare il possesso e trasferirlo in altri. Malgrado ciò io crederei si dovesse distinguere: o chi ricevette la cosa non sua datagli per errore conobbe nel momento della recezione che non era sua e non ostante l' accettò; e allora il suo dolo essendo concomitante alla contrettazione parrebbemi costituire il furto proprio. O la ricevette anch' egli senza avvertire, e soltanto si fece reo posteriormente quando conosciuto che non era roba sua per avidità la ritenne; ed allora opinerei per il furto improprio, trovandovi analogia col furto della cosa smarrita. Infatti come colui che si appropria la cosa trovata non delinque quando raccoglie ma quando ritiene e si appropria, così colui che dalla mano del proprietario riceve cosa non sua per reciproco sbaglio, non delinque quando contretta, ma delinque quando poscia ritiene malgrado la conosciuta malvagità del ritenere. Ma allora ritiene una cosa che già trova pervenuta senza delitto in suo possesso ed il furto è improprio.

(2) Così fu deciso in Germania malgrado le gravi dispute suscitate fra i dotti. Così fu deciso dal tribunale di Prima Istanza di Firenze in causa *Ciullini* in sfogo del decreto d' invio del 15 settembre 1858: si vedano gli *Annali Toscani XX*, 1, 846. In questo caso si eleva una speciale difficoltà sul vero titolo da applicarsi, perchè il Ciullini aveva validamente acquistato dal Direttore l' uso del gaz per il suo caffè: ma la sua malizia era stata questa di svitare e staccare i due tubi di piombo d' ingresso e d' egresso del gaz nel contatore, e poscia ricongiungerli mediante un tubo di gomma elastica in modo che il gaz recandosi ad illuminare il caffè Ciullini non più traversava il contatore. La difesa opponeva esser questa una mera truffa o frode, perchè il possesso del gaz si era trasferito dal proprietario nel Ciullini, e il suo operato altro non era che una malizia per defraudare la tassa. Ma il tribunale rispose che il gaz era nel

possesso del Ciullini dal contatore in giù e nel possesso del proprietario dal contatore indietro; cosicchè il Ciullini deviando il gaz prima che la macchinetta del contatore lo avesse fatto passare dal possesso dell' amministrazione nel possesso dell' accusato aveva veramente commesso un furto. La difesa eccezionava di più per la mancanza della condizione di mobile nella cosa sottratta, ed anche qui fu facile confutarla. In Germania poi questa contingenza dette luogo a più ardue questioni sul punto della continuazione e sul dubbio se la pena dovesse misurarsi soltanto sul gaz deviato (come furto consumato) o lo dovesse eziandio (come furto tentato) sul gaz che il colpevole si proponeva indefinitamente deviare nel tempo avvenire: sulle quali dispute mi trattenni altra volta (*Opuscoli vol. 2, opusc. 1*). Ma la malizia del bottegaio fiorentino non era originale. L' identico modo di deviazione del gaz dal contatore erasi eseguito in Amsterdam nel **1850**. Ce lo descrive Heshuijsen nella sua erudita dissertazione *an is qui gaz dolo malo contrectat furtum faciat*, ove riferisce il giudicato olandese del 3 ottobre 1850 che fu interamente conforme a quello dei giudici toscani.

§. 2029.

4.° — Credo però che se non è estremo del furto la tangibilità della cosa, ne sia estremo la sua materialità. E ne deduco che non è furto la usurpazione della così detta proprietà letteraria (1). Già gli antichi avevano contemplato il caso (Vernher *observationes tom. 2, pars 8, observ. 472* — Muller *promptuarium, verbo furtum, n. 5*) e insegnando che la usurpazione del privilegio altrui non è furto, ne dedussero non esser furto ristampare un libro altrui per fine di lucro. Ed è questa la ragione per la quale io non tratto del plagio letterario. Nem-

meno vi ravviso una *ingiuria* perchè è atto piuttosto di onoranza allo scrittore, del quale le produzioni intellettuali si mostra con ciò quanto si tengano in pregio. Questo fatto può elevarsi a contravvenzione per un riguardo alla pubblica prosperità: ma anche le leggi che lo hanno previsto hanno però esitato ad infliggere contro il medesimo una vera pena. Troverei peraltro i caratteri di vero furto nel fatto di colui che introdottosi nel mio scrittojo s' impadronisse di un mio manoscritto, ed a suo utile lo pubblicasse.

(1) Carmignani *elementa* §. 1123 — Arhens *philosophie du droit, pag.* 376 — Coquelin *dictionnaire d' economie politique, mot propriété litteraire.*

§. 2030.

Altrui — Questa parola della definizione non riproduce assai chiaramente il concetto che vuole designare. Essa vi sta ad esprimere piuttosto una idea negativa che una idea positiva. Non vuol significare che di furto non possa lagnarsi se non chi dimostri di essere padrone del tolto, ma soltanto che il ladro non deve essere possessore della cosa. Il primo concetto sarebbe falso, perchè vale la opposta massima mai non potere il ladro difendersi con lo impugnare nel querelante il dominio (1) della cosa rubata. Basta al delitto che non vi avesse ragione chi la contrettò.

(1) *Fur de dominio quaestionem movere nequit.* Laonde bene propone la querela di furto anche colui che non giu-

stifica in sè il dominio della cosa tolta; ed anche colui che sia chiarito non averlo perchè tenesse la cosa in locazione, in commodato, in deposito, in pegno, e simili: Westemberg *principia juris lib.* 13, *tit.* 1, §. 19 — Fabro *rationalia in l.* 12, *ff. de condictione furtiva* — Ayblinger *comment. lib.* 13, *tit.* 1, *n.* 6 — Richter *velitationes academicae* 18, §. 7 — Wesembecio *praelectiones in Pandectas lib.* 13, *tit.* 1 — Kees *in institut. lib.* 4, *tit.* 6, *n.* 126 — Manzius *ad* §. 14, *vers. plane Inst. de action. n.* 20 — Hubero *praelectiones lib.* 13, *tit.* 1, *n.* 3.

§. 2031.

Ma anche nel secondo concetto vi è bisogno di dichiarazione. Stando il furto nella violazione del possesso può dubitarsi che si commetta anche dal proprietario sulla cosa propria, quando (a modo di esempio) l'avesse data ad altri in pegno o in deposito (§. 2359) e poi la rubasse per costringere il terzo a pagargliene il prezzo, o per privarlo del comodo pattuito. Già i romani avevano detto essere furto *non solum rei, sed etiam usus possessionisve*, alla *leg. 1*, §. *3*, *ff. de furtis.* Ma essi non distinguevano tra furto proprio e furto improprio. I moderni invece con questa distinzione hanno separato caso da caso. Sulla cosa propria non cade furto neppure quando si sottragga al legittimo possesso altrui. È una *frode* che ora tende a diminuire le guarentigie del terzo, quando si sottragga il pegno senza animo di ripeterne il valore (codice Toscano articolo 405, lett. b): ed ora tende non a far propria la cosa che è già nostra, ma a carpire dal terzo a cui l'avevamo consegnata il valore della medesima (codice Toscano art. 404, §. 1, lett. c). Nella prima ipo-

tesi si punirà più mitemente che nell' altra, ma non sarà mai furto proprio, perchè il terzo a cui fu sottratta la possedeva *nomine domini.*

§. 2032.

Più specialmente la parola *altrui* si pone nella definizione del furto per indicare non poterne essere soggetto passivo la cosa *nullius,* come le fiere (1) e le cose *derelictae.* Sul che si eleva la indagine relativa alle cose dei naufraghi (2). Nei tempi barbari si credette che le cose dei naufraghi fossero buona preda per chiunque le occupava. Ma i più pallidi raggi di civiltà bastarono per mostrare che l' animo di abbandonare le cose loro non era mai intervenuto in quei disgraziati. Laonde male si applicava agli oggetti rapiti dal mare la figura giuridica di cose derelitte: *magis* (disse Giavoleno alla *l. 21,* §. *1, ff. de acquir. posses.) pro deperditae quam pro derelictae habentur.* Diversamente s' insegna da alcuni intorno alle cose gettate dai bastimenti in occasione di pericolo di mare. Dicono che qui si trova la volontà nel proprietario di abbandonare la cosa: che sebbene volontà costretta da forza maggiore è sempre una volontà di rinunziare al dominio ed al possesso, dedotta all' atto col getto effettivo della cosa nel mare. A me peraltro sembra più giusta la dottrina dell' Hubero *(observationes rerum forensium, observat. 10)* il quale confuta simile distinzione sull' autorità di Paolo *(l. 2,* §. *ult. ff. ad leg. Rhodiam de iactu) quia pro derelicta non habentur,* dovendosi sempre ritenere in chi fa il getto la speranza del recupero. Ed è con-

forme il §. *penult. et ultim. Instit. de rer. divis.* e la *l. 9,* §. *ult. ff. de acquirendo rer. domin.* Neppure il dubbio potrebbe poi sorgere intorno le cose gettate da una casa che arde, per fine di salvarle dal fuoco. E neppure potrebbe dirsi lo stesso dei tronchi d' albero od altri oggetti rapiti da una fiumana che fossero riconoscibili dal proprietario; ai quali si adatterebbe meglio la nozione delle cose smarrite che non quella delle derelitte.

(1) Per la chiara lettera del §. 12, *Inst. de rerum divisione* la occupazione della bestia fiera induce legittima acquisizione di dominio, e così esclude il titolo di furto ancorchè si operi sul fondo altrui contro volontà del padrone. Dal qual principio nasce che lo stesso testo romano provvede al proprietario col dargli un' azione speciale per la indebita invasione del suo fondo; e le moderne legislazioni col creare lo speciale titolo di delitto di caccia sul fondo altrui (§. 2433). Questo principio delle Instituta si contradice per altro da alcuni scrittori di diritto naturale: Haus *elementa juris naturalis* §. 132, *nota* 6. Certamente se il proprietario nel fondo suo avesse istituito delle arti per prendere la fiera al suo passaggio, e il cacciatore sorprendesse la fiera stessa mentre sta per incappare in quelle arti, potrebbe trovarsi ragione di dubbio; come pure potrebbe sostenersi ricorrere il titolo di furto quando si apprendesse una fiera già ferita da altri e da questi inseguita; e senza dubbio quando si trattasse di fiera mansuefatta: e come tali si considerano le api presso chi ne abbia preso lo sciame emigrante, e lo abbia costretto nel suo alveare: Berlichio *pars* 5, *conclus.* 50, *n.* 7 — Bergero *electa jurisprudentiae crim. pars* 1, *observ.* 14 — Wernher *observationes vol.* 2, *pars* 3, *observ.* 23; *et pars* 4, *supplem. ad observ.* 33 — Leyser *meditation. spec.* 537, *medit.* 11. Vedasi però Carpzovio *jurispr. pars* 4, *con-*

st. 36, *def.* 2; *et in practica quaest.* 81, *n.* 50. Non è furto prendere i pesci nel fiume pubblico (Strykio *usus modernus pandectarum tit. de furtis* §. 13) ben inteso che non siano in un vivaio nè in un' acqua data ad alcuno in provento; nel quale ultimo caso si ravvisa il titolo di furto: Nettelbladt *dissert. de vero sensu leg.* 3, §. 14 *de acquir. vel amit. posses.* Ma non concordo con coloro, (Lange *de furto ferarum* — Fichtner *de feripetis)* che pretendono trovare il titolo di furto nella caccia di bestie fiere sul fondo altrui eseguita senza licenza. Questa tesi si sostenne acremente da Boehmero *(ad Carpzovium quaest.* 84, *observ.* 2) che volle equiparate le fiere nella foresta agli animali domestici, affermando perchè hanno colà il covo donde per consuetudine non si dipartono, che sono nel possesso del padrone della macchia; e sostiene essere errore anche la mera *impropriazione* del furto che volesse desumersi dalla mancanza di possesso, dicendo che il padrone col possedere la macchia possiede anche le bestie selvagge che per natura loro vi stanno. Si vedano su tali questioni: Francke *de poenis in ferarum fures* — Isaschio *de venatione quaest.* 8 — Majer *de jure venandi pag.* 45 — Van Reede *de legibus venatoriis* §. 1. Tratta anche la questione se il raccogliere la *neve* caduta sul fondo altrui costituisca furto lo Harpprecht *de eo quod justum est circa nivem; dissertat. academ. vol.* 1, *disp.* 26, *n.* 296; ove sembra escludere il furto *quia nix non est in fructu.* Tratta la questione degli avanzi dei frutti dopo la raccolta del proprietario e della loro spigolatura come derelitti Myler *in metrolog. cap.* 20, §. 13 *et seqq.* — Oldemburger *itiner. juridic. pag.* 562, §. 53. Come derelitti si accennano da tutti li scrittori i *missili* gettati dagli antichi romani in occasioni solenni: sul che è a vedersi la dissertazione di Wesenfeld *de sparsione missilium (in* Oelrichs *thes. vetus vol.* 1, *tom.* 2, *diss.* 3),

(2) La questione relativa alle cose gettate per salvare il naviglio si decide nel senso che non si abbiano per *dere-*

lictae anche dall' Haus *elementa juris naturalis* §. 151; ma vi fa una limitazione per il caso in cui il getto fosse avvenuto in tali condizioni da stimare un sogno il pensiero di recuperare le cose. Con ciò si concilierebbe la dottrina dell' Hubero con quella dei dissenzienti e potrebbe stabilirsi la distinzione fra cose gettate in vicinanza della spiaggia (chè tale era il caso in cui l' Hubero scriveva) e cose gettate in alto mare dove davvero è un sogno sperare il recupero; molto più se si rifletta che il getto non si fa quasi mai di cose leggiere e galleggianti. E tale distinzione avrebbe il suo fondamento nel preciso responso di Ulpiano alla *l.* 43, §. 11, *ff. de furtis.*

§. 2033.

La parola *altrui* serve pure ad escludere il furto della *cosa comune.* Su questa non cade furto ammenochè non sia posseduta da un solo dei soci, e l' altro l' abbia rubata pel fine di spogliare il condomino della sua quota: codice Toscano art. 375, §. 1, lett. b. Questa ragione congiunta ad un riguardo per la quiete delle famiglie ha fatto prevalere il principio che non si ammetta querela di furto tra i conjugi, tra padre e figlio, ed anche secondo varie legislazioni fra trasversali ed affini in certi casi (1). Studiando però tali legislazioni si scorge non esservi stata uniformità di principii in questa materia: alcuni infatti sulle orme della Carolina mossero da un riguardo alla *successibilità* che rappresentava il furto come una mera anticipazione di godimento: altre ebbero un riguardo alla *infamia* che per la condanna del congiunto si riversava sul derubato stesso e sulla famiglia: altre non videro danno politico in questi fatti. Da ciò nacquero le divergenze del pu-

nire meno; del punire soltanto a querela di parte; e del non punire assolutamente.

(1) Anche i romani negarono l' azione del furto fra i conjugi, e la negarono tra padre e figlio, ma per diverse ragioni. Fra padre e figlio la negò Paolo alla *l.* 16, *ff. de furtis* per causa della unità di persona: *non juris dispositio sed natura rei impedimento est quod non magis cum his quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.* Al contrario fra marito e moglie non esistendo unità di persona fu dalle leggi romane accordata l' azione *rerum amotarum:* Nerva e Cassio avevano sostenuto non potervisi riconoscere furto *ob societatem vitae,* e per la idea del condominio; Proculo e Sabino al contrario insegnavano che furto vi era ma soltanto la legge negava l' azione; e Giuliano e Cajo aderirono alla loro opinione definendo che il furto vi era ma che *ob honorem matrimonii* doveva negarsi l' azione di furto e sostituirvi l' azione *rerum amotarum,* la quale era una condizione personale. Cosicchè rimase riconosciuto il delitto e negata soltanto la sua punibilità: Oldendorpio *actionum class.* 7, *act.* 11, *n.* 1. Questa ultima idea fu quella che rimase dominante nella pratica; ed alla medesima si informarono le leggi moderne: alcune delle quali (come il codice Toscano art. 412) procedendo sempre dal mero riguardo alla pace delle famiglie e dalla considerazione che per queste sottrazioni familiari non se ne allarma il pubblico e non ne nasce danno politico, estesero la immunità anche ai furti commessi fra zio e nipote e tra fratelli e fratelli conviventi in comunione domestica, ammettendone la persecuzione in questi due ultimi casi soltanto a querela di parte quando non vivessero in comunione domestica. Fu però saviamente limitata questa regola nei casi di furto violento: vedasi Puccioni *Saggio pag.* 522. In quanto all' effetto di cotesta regola rapporto ai complici ne parleremo (§. 2254) a suo

luogo. La costituzione Carolina nell' art. 165 considerando sotto un punto di vista generale l' influsso della familiarità sul delitto di furto aveva in modo assoluto prescritto che mai non se ne movesse processo tra stretti congiunti se non per querela di parte. Ma in quanto al punire o no se ne era rimessa al consiglio dei sapienti. La ordinanza criminale Sassonica non avea contemplato questo caso. Vi provvide con apposita costituzione l' elettore Augusto, ma giusta lo spirito di quelle leggi criminali (tendente sempre a maggiore severità) non riconobbe nel vincolo che una semplice diminuente: Carpzovio *jurisprudentia pars* 4, *constit.* 38, *def.* 5 — Hommel *rhapsod. observat.* 540. Alcuni pratici estesero la scriminazione del furto anche al caso del vincolo spirituale fra compare e figlioccio: Muta *decis. siculae decis.* 40, *n.* 18 *et seqq. fol.* 216 — Bertacchino *repertorium juris, verbo compater, pag.* 387, *vol.* 1 — Alexandro *pars* 4, *cons.* 105. Vedasi Crell *dissert. de delictis quae jure familiaritatis excusantur, dissert.* 66, §. 3.

§. 2034.

Invito domino — La proprietà essendo diritto alienabile è intuitivo che il consenso del proprietario alla contrettazione che altri faccia della cosa sua, purchè liberamente e spontaneamente prestato elimina il titolo di furto; e lo elimina tanto che come vedremo a suo luogo quando si è prestato al seguito di un inganno viene sempre a sparire il titolo di furto, quantunque il fatto rimanga punibile sotto altro titolo. Questo consenso varrà ad escludere il malefizio così quando sia *espresso* come quando sia *tacito*. Varrà egli il presunto? In circostanze eccezionali potrà certamente valere ad escludere il dolo quando la buona fede del contrettatore proceda

da una giusta credulità, specialmente se è ragionata sopra rapporti di particolare amicizia, scompagnata da mistero o violenza, e susseguita dalla restituzione. È tanto necessario al furto il dissenso del proprietario che Ulpiano alla *l. 46, §. 8, ff. de furtis* fa la ipotesi di alcuno che abbia rubato ad altri una cosa credendo che egli non volesse mentre in fatto era contentissimo; e decide non essere furto. Ricorre qui ciò che dissi dello stupro dell' ebra e della dormiente la quale tornata nei suoi sensi si dichiari contentissima dell' accaduto (1).

(1) Questa proposizione non trova ostacolo nella *l. 91, ff. de furtis*, dove Paolo contro Labeone risponde potere agire di furto anche colui che essendo presente al furto che si commetteva a suo danno *prohibere potuit et non prohibuit*. Noi diciamo che l' annuenza tacita o presunta del proprietario fa cessare il furto, perchè suppouiamo la ipotesi che chi prendeva la roba avesse ragione di credere che il proprietario consentisse: lo che varia la questione e riconduce la nostra tesi sotto il disposto generale della *l. 46, §. 7, ff. de furtis — Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse sive falso id sive vere putet? —* Crell *de jure familiaritatis circa delicta dissert. 76*, §. 3 — Hertius *decisiones vol. 2, decis.* 494. Ciò non distrugge la regola generale che riconosce il furto anche nell' ablazione commessa in presenza del proprietario: Cannegieter Hermann *observationes juris romani lib*, 2. *cap.* 4, *pag.* 153. La incompatibilità del furto col consenso del proprietario diede occasione a viva disputa fra i giuristi della Germania in un caso pratico sul quale dissertò il dottissimo Abegg professore di Breslavia nella *Gerichtssaal* del 1861. Informato un bottegaio che si voleva commettere un furto a suo danno, anzichè impedirlo procurò di facilitarlo, e poi dopo la sua consumazione sorprese i

ladri e li denunciò. I tribunali della prima istanza condannarono per furto; ma la terza istanza trovò che il titolo di furto era male applicato ed assolvette, perchè il ladro si impadroniva delle cose altrui mentre il proprietario voleva che così fosse. Questa sottile applicazione della teorica del consenso a me non persuade. È vero che nel momento del furto il proprietario voleva che uno dei ladri rubasse. Ma lo voleva per potere denunziare l' altro, farlo punire e ricuperare le cose sue: dunque l' animo di abbandonare il possesso in lui non vi fu, e si scambia la volontà di portare il ladro alla pena, col consenso alla distrazione del possesso e del dominio. Non mancavano dunque gli estremi *obiettivi* del furto; e non mancavano gli estremi *subiettivi*, perchè il ladro niente sapeva che il padrone tollerasse il rubamento per poi denunciarlo. D' altronde il dubbio è in termini risoluto dalla *l.* 20, *C. de furtis;* sul fondamento della quale Struvio (*syntagma juris civilis exercitat.* 48, *lib.* 47, *tit.* 2, §. 15, *pag.* 759) alla regola del consenso del padrone appone la limitazione *nisi dominus ideo patiatur fieri contrectactionem ut in ipso facto furem deprehendat.* Uguale problema protrebbe proporsi in tema di adulterio e crederei con identica soluzione.

§. 2035.

Con animo di lucrare — Con questa formula si designa il dolo speciale richiesto a costituire il furto. Lo elemento *intenzionale* in questo reato non si costruisce già del solo animo di *prendere* ma dell' animo di *lucrare*. Il dolo specifico del furto, consiste nella intenzione di procurarsi un *godimento o piacere qualunque* coll' uso della cosa altrui (1). Avvegnachè per *lucro* qui pure non s' intenda una effettiva *locupletazione,* ma qualsiasi vantaggio o soddisfazione procurata a sè stesso (2). Anche chi rubi

con l'animo di donare ad altri è reo di furto, perchè il suo lucro sta nel piacere di donare. Ma il lucro anche qui basta che esista come fine dell'azione: nulla importa alla perfezione del furto che il lucro sperato siasi di realtà conseguito. Questa non è che l'applicazione della regola costante che procede in tutte le occasioni nelle quali un dato animo costituisce l'estremo di un dato delitto. Anzi ancorchè il lucro sia venuto meno al delinquente per fatto suo proprio e spontaneo; perchè abbia (a modo di esempio) restituito la cosa rubata; ciò non ostante *factum infectum fieri nequit*. Persiste il titolo di furto giuridicamente obiettabile, perchè quando la cosa fu tolta si aveva in animo di farne lucro.

(1) Questa formula così universalmente accolta incontrò censura da Boeresco (*traité comparatif des délits et des peines pag.* 171) che disse la legge dover punire *il fatto del furto frodolento indipendentemente dal fine propostosi commettendolo*. Non ci sembra fondata questa censura. Altro è che un fatto si debba sempre punire; altro è che secondo il diverso animo si debba punire diversamente o sotto diverso titolo.

(2) Una elegante questione è sorta recentemente in Austria sulla quale ha scritto dotta dissertazione l'illustre professore A. Geyer: la quale fu inserita nel *Giornale di Giurisprudenza di* Haimerl, XVIII, 1. Cercasi se commette furto chi fa un baratto, anche quando l'oggetto che si porta via o fraudolentemente o violentemente sia di un prezzo inferiore a quello nostro che si lascia in cambio. Fu sostenuto che qui non ci era furto perchè il preteso ladro non si è arricchito ma impoverito. Ma Geyer insorge con solidi argomenti contro tale dottrina; ed io divido intieramente la sua opinione. La ragazza che invaghitasi di una pezzola della compagna benchè di cotone la sottrae sostituendo in luogo di quella la pro-

pria quantunque di seta, non ha agito pel fine di fare in un modo delicato un regalo alla sua compagna. Se tale fosse il suo intendimento la questione non avrebbe termini. Essa ha agito col fine di procurarsi un *bene*, un godimento, poichè tale a lei è parso il possesso di quella pezzuola: e ne ha spogliata la compagna contro volontà di lei per procurare a sè medesima quel godimento. Tanto basta perchè vi sia l' animo di lucro costitutivo dell' elemento intenzionale del furto. Lo elemento materiale non è la locupletazione effettiva ma la contrettazione frodolenta o violenta. Questa non può farsi che o per il fine di fare il donativo o per il fine di procurare a sè stessa un piacere. Escluso il primo animo rimane il secondo, e per negare che basti al furto bisognerebbe poter sostenere che l'animo di lucro si svolge unicamente sulla ricchezza pecuniaria. Il Geyer fa un' altra ipotesi, quella cioè di chi invaghitosi di un oggetto altrui che non era (notisi bene) esposto in vendita lo porti via, lasciando in luogo di quello un gruppo di denaro che ne supera il valore venale. Costui (era stato detto da alcuno) non ha avuto l' animo di arricchirsi. Ma anche questo non si accetta a buona ragione da Geyer. Vi è la contrettazione; vi è lo spoglio del terzo di una sua proprietà; e presumesi *invito*, che è quanto dire si presume che per il prezzo lasciato dal sottrattore egli non avrebbe volontariamente ceduto quell' oggetto. È dunque completo il furto nell' oggettività giuridica e nella soggettività materiale. E a torto si nega la soggettività morale poichè lo agente ha fatto ciò perchè ha trovato meglio per sè il possesso della cosa anzichè del denaro: egli dunque ha agito per procurarsi un lucro nel godimento di quell' oggetto.

§. 2036.

L' animo di lucrare si esclude dall' animo diretto ad una *vendetta; lex 5, §. ult., lex 41, ff. ad leg.*

Aquil.: lex 53, princ. ff. de furtis — Koch *elementa jur. crim.* §. *181*. Lo che però non si ammette tanto di facile quando il delinquente non distrusse immediatamente la cosa tolta ma seco via la portò. Provato ancora che egli avesse nimistà col proprietario, la intenzione di vendicarsi è una concomitanza che non fa disparire la veduta di lucro, nè per conseguenza fa cessare il titolo di furto. Si esclude pure l' animo di lucrare nella *celia*. Si esclude in colui che credeva di aver ragione sopra la cosa o intendeva a ricattare un suo credito: il quale si renderà responsabile di *ragion fattasi* (1) ma non di furto.

(1) Muta *decis. siculae dec.* 43, *n.* 33, *fol.* 249 — Bertazzolo *cons.* 224, *n.* 24 — Caepolla *cons.* 26, *n.* 17 — Bossio *tit. de furtis n.* 6 — Lauterbach *Collegium lib.* 47, *tit.* 2, §. 11, 31. La teorica ha la sua radice nelle Instituta *lib.* 4, *tit.* 2, *de vi bonorum raptorum* §. 1. La eliminazione del furto per la sua conversione nel titolo di ragion fattasi ha una frequente applicazione anche nella odierna pratica toscana. La vidi applicare ad un marito che avendo sorpreso la moglie in adulterio aveva tolto al drudo l' orologio per ricattarsi. La vidi applicare ad una domestica che sedotta dal proprio padrone era fuggita dalla sua casa asportando oggetti di valore per supplire alle spese del suo parto. Queste ed altre simili sono conseguenze del principio che il furto richiede il fine della locupletazione; e sono conseguenze logiche quando siano rettamente applicate alle contingenze dei fatti. La questione sotto questo punto di vista è affatto differente dall' altra analoga che si eleva nella ipotesi che il ladro deduca diritti di proprietà sulla cosa stessa che ha sottratto. Nell' un caso il reo sa di commettere un delitto e lo vuole, ma il delitto consiste nel farsi ragione da sè medesimo: nel secondo caso, tranne

quando le forme scelte facciano sorgere di per loro il titolo di ragion fattasi, l' accusato deduce di non avere avuto coscienza di delinquere e il fatto si scrimina interamente. In questa seconda ipotesi la questione che sorge è piuttosto di procedura, vale a dire se il giudice criminale debba rinviare al tribunale competente perchè decida sulla proprietà della cosa controversa, o se sia competente a conoscere egli medesimo della proprietà. Su ciò sembra discorde la dottrina; ma la disputa si concilia risolvendola in quest'ultimo senso sotto il punto di vista della *buona fede del sottrattore* che ne esclude il dolo, della quale buona fede è solo competente a conoscere il giudice criminale: vedasi Morin *Journal de droit criminel art.* 7858. Avvi pure chi distingue fra l'animo di *farsi giustizia*, e l' animo di *compensare* (Brokes *selectae observationes forenses, obser.* 613, *pag.* 720) e vuole in questo ultimo mantenere il titolo di furto. Seguendo tale opinione parrebbe che ad escludere il furto per causa della ragion fattasi occorresse che la sottrazione fosse caduta *precisamente sulla cosa* alla quale il sottrattore vantava un diritto; e così colui che rubasse ad un debitore per fine di pagarsi sarebbe reo di furto. Ma questa sottile distinzione non è sempre osservata nella pratica nostra.

§. 2037.

Si esclude ancora, come esemplifica Pacecho (*Coment. art. 437*) nel fatto di colui che eccitato da fanatismo religioso s' introduca nella casa altrui, e ne sottragga un' immagine oscena od un libro vietato al fine di abbruciarlo. Qui non vi è nè l' animo di vendetta, nè l' animo di scherzare, nè l' animo di farsi giustizia. Potrà disputarsi se in codesto fatto vi sia delitto, e se vi ricorrano i termini del *danno dato*. Ma non potrà mai sostenersi che vi sia furto (1) perchè sebbene codesto fanatico con abbru-

ciare quella pittura si procurasse una soddisfazione morale che potrebbe sembrare analoga a quella che si procura chi ruba per donare ad un' amante, pure egli non volle procurarsi piacere con lo *usare della cosa,* ma col distruggerla.

(1) Questo pensiero si volle dal Leyser (*specimen.* 357, *medit.* 4) elevare ad una teorica generale creando una classe speciale di *furti* che egli chiamò *a fine onesto*, e la esemplificò in chi rubasse per ornare la chiesa, o per soccorrere i miserabili: ma non osò peraltro affermare che in ciò non fosse il lucro del furto, limitandosi a ravvisarvi una mitigante.

§. 2038.

Si è disputato se ricorra il titolo di furto nel furto di *uso.* Il caso in cui si eleva codesta disputa non è quello di colui al quale essendo data una cosa per un uso determinato se ne sia valso oltre *l' uso concesso,* ed abbia così violato il contratto (nei quali termini vedremo a §. 2290 sorgere il titolo di *truffa)* ma è il caso di chi abbia sottratto la cosa altrui non col fine di appropriarsela, ma col fine di servirsene ad un suo bisogno e poscia restituirla (1). Son questi i termini del vero *furto d' uso* nel quale si mantiene anche oggi il disposto delle leggi romane e si ravvisa vero e proprio furto. E questo principio è stato adottato (25 febbraio 1854) dalla nostra Corte di Cassazione. Per determinare il valore del tolto nel furto di uso non si deve stimare la proprietà della cosa, ma arbitrare il prezzo del godimento procuratosi.

(1) Una questione elegante su questo tema mi si presentò nel 1866. Un mio amico, già benemerito delle lettere e della patria, si era procacciato in Inghilterra, oltre importanti manoscritti di Ugo Foscolo, ancora un ritratto di quell' illustre letterato italiano. Il pregio del dipinto ed altre specialità facevano di questo ritratto un documento prezioso. Saputosi ciò da un fotografo questi richiese il possessore onde gli permettesse di fotografare quel ritratto; ma il possessore, malgrado vantaggiose profferte, si ricusò. Profittando allora il fotografo dell' assenza del professore, e della corruzione di un servo, s' introdusse nella camera dove aveva veduto il ritratto; e presolo in sua balìa potè presto ottenere il suo desiderio. La fotografia di Ugo Foscolo fu esposta al pubblico e si vendeva al prezzo di venti lire. Io dissi proponibile la querela di furto osservando — 1.° non difettarne gli estremi sotto il rapporto *oggettivo*. La lesione del diritto di proprietà di cosa mobile con *effettivo detrimento* del proprietario non può revocarsi in dubbio. È intuitivo che il ritratto di Ugo Foscolo rimasto in mano del legittimo padrone diminuì di valore venale per la esistenza della fotografia, la licenza di trarre la quale si sarebbe pagata a buon prezzo se il proprietario avesse voluto concederla. — 2.° Non può revocarsi in dubbio il *fine di lucro*: che anzi ricorre il lucro effettivamente conseguito mercè l' indebito godimento della cosa altrui. — 3.° Neppure può trovarsi difetto per il lato del *dolo;* il quale è necessario contenuto della scienza di lucrare contro volontà del padrone sulla cosa altrui servendosene come se fosse propria — 4.° Tutta la dubbiezza sorgeva dal lato dell' *elemento materiale*. Ma il dubbio cessa perchè il fotografo asportò alla sua officina il ritratto per fotografarlo. Data cotesta circostanza la riposizione del ritratto al suo luogo potrà costituire la restituzione del tolto, la quale non fa cessare il titolo di furto. Il dubbio poteva nascere se il fotografo avesse portato i suoi strumenti nella stanza dove stava il ritratto; e senza rimuoverlo di colà ne avesse riprodotta la immagine. Allora il fotografo poteva dire io

non presi niente, non portai via niente: voi siete il proprietario dell' asino che si querelava del furto dell' ombra: manca la contrettazione che è necessario substrato del furto. Un esempio di furto d' uso sarebbe senza dubbio in chi sottoponesse la propria giumenta allo stallone altrui alla insaputa del padrone di questo: Arumaeus *Disputationes ad pandectas, disput. 24, thes. 4.*

§. 2039.

La benignità della pratica afferrò la condizione dell' animo di lucrare ad escludere l' odioso titolo di furto, per sostituire quello di *danno dato* nel fatto di colui che introdottosi nel campo altrui vi raccoglie qualche frutto e se ne ciba sull' atto. La immediata soddisfazione di un bisogno corporeo parve doversi valutare non solo come circostanza minorante (sul che non muovo questione) non solo come circostanza dirimente data la necessità della fame (del che dissi e ripeterò altrove) ma ben' anche come circostanza che *denatura* il delitto (1) sul che ho le mie gravi difficoltà. Così nacque la distinzione ad occasione dei furti campestri tra *danno dato con asportazione* e *danno dato semplice*. Per la pratica e per le osservanze giudiciali toscane quando i frutti altrui si erano portati via si applicava il primo titolo; quando si erano raccolti per cibarsene sull' atto si applicava il secondo. Ma nell' uno e nell' altro si ravvisava una differenza giuridica col vero furto (2). Questa distinzione giovava a doppio scopo — 1.° ad escludere la pena di morte ed altre pene esorbitanti minacciate contro il furto violento. Un danneggiatore che sorpreso nel campo a coglier frutta re-

sisteva al colono e lo percuoteva, dicevasi reo non di *furto violento* ma di *danno dato con resistenza* — 2.° ad escludere la pena di morte od altre pene esorbitanti nel caso del terzo furto: i furti alla campagna denominati una volta *danni dati* non erano più furti da tenersi a calcolo per la iterazione.

(1) Negarono di ravvisar furto nella sottrazione dei frutti per mangiarli sull' atto Basilico *Decisiones criminales decis.* 27 — *Responsa Tubingensia vol.* 9, *consil.* 25 — Lynclker *decis.* 623: in specie quando ciò non si faccia clandestinamente, e con particolare malizia.

(2) La distinzione tra furto e *danno dato con asportazione*, e tra furto violento e *danno dato con resistenza* trovò appoggio fra noi nelle disposizioni delle leggi 30 novembre 1786 e 30 agosto 1795. Si vedano nella raccolta del Cerretelli le decisioni riferite ai *nn.* 6, 8, 11, 16, 20, 34 *parola danno dato*, e Puccioni *commento vol.* 5, *pag.* 131. È singolare l' effetto per cui sembra si valutasse questa distinzione nel giure romano *(l.* 25, §. 5, *ff. locati; et l.* 27, §. 26, *idem et in sylva ff. ad leg. Aquil.)* ove nell' asportazione di frutti maturi si ravvisa il furto ed in quella di frutti immaturi si ravvisa il danno dato. Dandosi l' *actio furti* per il duplo del valore del tolto non si sarebbe indennizzato il proprietario con la duplicazione del valore del frutto quando era immaturo. Sotto il titolo di danno al contrario si valutavano anche le speranze perdute. Per conoscer poi quanta influenza debba esercitare ed abbia esercitato sulle nozioni dei reati nella pratica la natura delle penalità basta leggere il Leyser *meditat. in pandect. spec.* 537, *medit.* 7, dove ingenuamente narra che a lui deferito un sartore colpevole di aver rapito del miele da un alveare niente repugnava condannarlo, siccome fece, a pochi giorni di carcere per ghiottornia; ma gli repugnava però dichiararlo responsabile di *furto*, perchè per la *lex* 63

ff. de furtis — non potest praeses efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia; non potendo egli tor via l' infamia dal furto ne conseguiva che per lo statuto dei sartori quell' uomo sarebbe stato perpetuamente escluso dal mestiere. Io lo avrei rovinato, egli dice, e perciò dichiarai che non costava di furto. Così nacque la teorica che il furto degli esculenti non fosse furto; ed altre consimili dottrine.

§. 2040.

Finchè la scienza dovette meditare i problemi giuridici sotto l'incubo di leggi feroci non è a farle rimprovero se andò in cerca di sottigliezze a beneficio della umanità. Mano a mano pero che le legislazioni si purgano dall'antica barbarie, forza è che essa riprenda in esame i problemi altra volta risoluti per vedere se i padri nostri li sciogliessero con la mente o piuttosto col cuore. Ma se con la mente contemplasi la questione bisogna convincersi che mentre sotto il punto di vista politico la sottrazione di frutti pendenti nei campi presenta speciale carattere di gravità che merita repressione maggiore per il necessario abbandono del proprietario, dal punto di vista giuridico a tale sottrazione non fa difetto nessuno degli estremi del vero e proprio furto. Il fine di rubare per cibarsi (noi lo ammettiamo) può essere circostanza valutabile in quanto minora la forza morale soggettiva del malefizio; e può esserlo tanto nel furto di un pane in una bottega, quanto nel furto di frutti all'aperta campagna; ma nè in questa nè in quella ipotesi può mai escludere la nozione del furto, perchè il fine rimane sempre il lucro quando consiste nella veduta di procurarsi un personale vantaggio (1).

(1) Ad escludere l'animo di lucrare conduce però direttamente il concorso dell' assoluta necessità, perchè allora non più si dirige la intenzione ad un mero vantaggio proprio ma alla conservazione della propria esistenza. Anzi è questo a mio credere il vero principio con cui si legittima il furto commesso per necessità di fame; non parendomi accettabile nè la gratuita asserzione di Grozio, cui piacque dire che per la fame di colui le cose tornarono alla pristina comunione; nè la idea di Thomasio (*notae ad Strauchium dissert.* **19,** *thes.* 5, *pag.* **213**) che trova nell' apprensione della cosa altrui l' esercizio di un vero e proprio diritto sulla cosa, lo che porterebbe a negare l' obbligo dell'indennizzo in caso di fortune migliori. Alcuni (Grantzio *de defensione reorum cap.* **5,** *memb.* **2,** *sect.* **3,** *art.* **3,** *n.* **237,** e Colero *de alimentis pag.* 705) trattarono identica questione anche in proposito del furto di oggetti di vestiario commesso dall' ignudo. Vedasi Walches *opuscula tom.* **3,** *sect.* **2,** *exercit.* 5, *de furto dominante fame.* Il furto per fame fu appositamente contemplato dall' articolo **166** della Carolina, che prevede non solo la fame propria ma anche la fame della moglie e dei figli. In ciò alcuni tentarono distingnere asserendo non doversi ammettere come scusa la fame quando l' accusato vi si era trovato per colpa propria: e così la pensa Ziegler *ad Grotium lib.* **1,** *cap.* **2, §.** **6,** e Koch; **§. 174** *in nota.* Al contrario insegna non doversi avere riguardo a questi antecedenti Boehmero *ad Carpzovium quaest.* **83,** *n.* **153.**

§. 2041.

Così dall' analisi della definizione del furto scaturiscono i criterii essenziali di questo maleficio; che sono — 1.° animo di *lucrare* — 2.° *amozione* della cosa da luogo a luogo — 3.° cosa avente un *valore* — 4.° *nessun diritto* del ladro sulla cosa me-

desima — 5.° *mancanza di consenso* nel proprietario. Il *corpus criminis* in questo reato non conduce a speciali osservazioni perchè sebbene possa per circostanze accessorie anche il furto presentare un fatto *permanente* (1) esso si novera per le sue condizioni ordinarie fra i reati di *fatto transeunte*.

(1) Sono di fatto permanente certe circostanze che accompagnino il furto: come la effrazione; ed allora valgono nella pratica le regole dettate per tutti i malefizi di fatto permanente; vale a dire che la circostanza debba essere verificata con accesso ed ispezione locale, col mezzo di perizie e con tutte le analoghe guarentigie: Dolfio *allegatio* **114**, *n.* **2.** Ma il furto in sè stesso è un fatto transitorio, meno certi casi eccezionali, come se fosse stata avulsa una parte di un immobile per rubarla. Sul che vuolsi notare come singolare la regola adottata nelle antiche leggi inglesi che non dovesse punirsi come reo di furto chiunque avesse portato via una parte di immobile, neppure il piombo dei tetti. Aderendo alla lettera dello statuto che puniva il furto di cosa *mobile* dicevano che non era dato alla mano del ladro di mutar la *natura delle cose:* Cauneman *de furto nocturno pag.* **93** — Blackstone *Commentaries book* **4**, *chap.* **17**; *t.* **4**, *pag.* **232** *et seqq.* Vi occorse una legge di Giorgio III perchè la sottrazione di tali oggetti soggiacesse alla pena del furto. Tranne il caso dell' immobile mobilizzato i dottori insegnano che il *corpus criminis* nel furto si constata con la presentazione dell' oggetto furtivo in giustizia quando sia stato possibile ricuperarlo: e dove no, si constata sufficientemente con la deposizione giurata del proprietario e dei testimoni: Harpprecht *decis.* **2**, *n.* **17** — Carpzovio *practica pars* **2**, *quaest.* **81**, *n.* **13**, *et seqq.* ed anche per la confessione del reo, Harpprecht *decis.* **6**, *n.* **24**, **30** — Leyser *vol.* **10**, *spec.* **535** *medit.* **7** *et* **8**.

CAPITOLO III.

Idea generale dei criterii misuratori della quantità *del* furto.

§. 2042.

Il furto è forse il delitto che presenti maggiore larghezza e varietà nei criterii della propria quantità, nel tempo stesso che si offre meno modificabile di altri reati sotto il punto di vista del grado, per il minore influsso che esercitano gli affetti sopra la sua imputabilità. Nel furto è mutabilissima la quantità naturale desunta dal danno immediato, per la indefinita varietà delle cose che ne formano il soggetto passivo. Nel furto è mutabilissima la quantità politica desunta dal danno mediato, per lo influsso grandissimo che spesso esercitano sul pubblico allarme più le circostanze dalle quali si accompagnò il furto che non il furto in sè stesso: onde qui si avvera frequente il fenomeno della prevalenza del *mezzo* sul *fine*.

§. 2043.

Lo esame dei criterii della quantità naturale in questo malefizio ci condurrà a considerare la cosa rubata, così nel rapporto del suo *valore* (lo che ci farà strada a trattare tutte le regole relative alla quantità del tolto) come nel rapporto di certe *qualità* della medesima che diano al furto un carattere di gravità particolare (lo che ci aprirà la via a

trattare dell' *abigeato*, del furto *sacrilego* e del furto di *cosa pubblica*).

§. 2044.

Lo esame dei criterii della quantità politica ci aprirà la via a riconoscere le ragioni di certi notevoli aggravamenti del furto, desunti dalle sue concomitanze indipendentemente dal *valore* o *natura* della cosa rubata: aggravamenti che anche a danno immediato uguale operano talvolta nelle legislazioni rilevantissima differenziale nelle penalità per riguardo o al *modo*, o al *tempo*, o al *luogo* del commesso furto; o per riguardo a certe condizioni individuali assolute o relative della *persona* del ladro. In tal guisa verremo a compiere la enumerazione e la descrizione di tutti i furti che si dicono *qualificati*. Ma è d' uopo premettere una osservazione.

§. 2045.

Fu costante ed universale nella pratica la duplice divisione dei furti in *semplici* e *qualificati*. E si dissero *semplici* quelli ai quali non andava unita nessuna qualità aggravante; e *qualificati* quelli che erano più odiosi *ob certam qualitatem* che li accompagnava, e più esattamente (come noterò a §. 2267 e seg.) per la lesione di un diritto ulteriore che li accompagnava. Ma al legislatore toscano piacque abbandonare la divisione duplice, ed adottare una triplice. Al compilatore del codice penale Toscano piacque adottare una ulteriore distinzione già accolta dal codice Gregoriano (art. 388) tra furti *qualificati*,

e furti *aggravati*. Questa distinzione può avere un senso ed uno scopo nel diritto costituito, quando il legislatore, sceverate in due categorie le circostanze che possono accompagnare i furti, abbia considerato le une come *più odiose* ed abbia lóro attribuito abilità di elevare la *competenza*, e di far salire la pena dalla *specie* inferiore alla specie superiore. Può allora questo legislatore trovar più comodo e spedito di descrivere con *nomi distinti* le due categorie. Nella guisa stessa che nel diritto costituito parve riuscire comoda la distinzione tra *misfatti e delitti*. Ma ambedue queste distinzioni abbisognano di una precedente elaborazione, e di una precedente determinazione delle penalità da attribuirsi ad uno, o ad altro fatto; sicchè col criterio di questa penalità possa dirsi che quello è un misfatto, questo un delitto, quello un furto qualificato, questo un furto aggravato: e per simile via potrebbe piacere al legislatore di moltiplicare anche di più le classi ed i nomi sempre subordinatamente alle differenti penalità da lui stabilite; niente essendovi da censurare nel linguaggio che egli introduce per comodo suo, e per servigio della chiarezza e della brevità. Ma codesti nomi e codeste distinzioni non hanno senso nella scienza: sono nello insegnamento teorico una inutile superfetazione ed un impaccio: sono illogiche perchè suppongono già risoluto ciò che la scienza deve insegnare a risolvere. In faccia alla scienza lo studio dei fatti non può istituirsi tranne con una contemplazione *a priori;* la quale li guardi nelle loro condizioni ontologiche, nei loro speciali rapporti coi principii generali, e coi bisogni della tutela giuridica, onde giungere a rilevare quando sia che tali

fatti costituiscano delitto e quando no, e quale ne sia la relativa quantità politica. Il legislatore adatterà poscia a codesti ritrovati della scienza quelle diverse penalità che a lui parrà buono costituire. E come sarà libero a lui di chiamare una pena galera, un' altra ergastolo, un' altra casa di forza (mentre *a priori* e sotto un punto di vista scientifico le parole casa di forza, ergastolo, e simili, non rispondono ad una nozione definita) così potrà dire che un fatto è delitto, che un altro è misfatto; che un furto è aggravato, che un altro furto è qualificato; ed un altro ancora (se così gli aggrada) qualificatissimo, quando (a modo di esempio) porta a pena perpetua. Noi non dobbiamo occuparci del suo linguaggio ma dei principii che applica. Soltanto ci sorprende che il Mori, mentre da un lato per obbedire alle moderne censure ha rejetto nel codice Toscano la distinzione tra misfatto e delitto, vi abbia poi intruso la distinzione tra furto aggravato e furto qualificato. L' una e l' altra vanno incontro alle stesse obiezioni. Noi in un codice non censuriamo nè l' una nè l' altra quando si giunga a dimostrarci il servigio pratico dei diversi nomi. Diciamo però che in faccia alla scienza *a priori* non esiste nè l' una nè l' altra. La scienza può conoscere e deve conoscere la pena della detenzione che diminuisce all' uomo la sua libertà personale: ma non può conoscere (a modo di esempio) l' ergastolo. Vi è un ergastolo a Baden, ed è una pena di detenzione delle più miti: vi è un ergastolo in Toscana, ed è la massima fra le detenzioni, perchè s' irroga in perpetuo. Vi fu un ergastolo in Toscana riserbato alle sole donne: poscia dopo la legge del 4

marzo 1849 vi fu un ergastolo che rappresentò una detenzione di *medio* rigore, poi dopo il 1853 vi fu un solo ergastolo come pena suprema irrogabile a vita; vi è un ergastolo in Piemonte che è pena di mera correzione. Cosa è dunque l'ergastolo in faccia alla scienza? Dov'è la sua nozione generale? Così deve la scienza indagare quali siano le *circostanze* concomitanti i furti le quali meritino valutazione come criterio misuratore; definirle e cercarne il respettivo valore politico. Ma non può conoscere che due classi di furti: quelli senza circostanze aggravanti, e quelli accompagnati da circostanze aggravanti. Nè può in questi introdurre delle suddivisioni desunte dalla penalità o dalla competenza. Suddividere li deve ma secondo le loro condizioni ontologiche, quando le medesime refluiscano sulle respettive conseguenze politiche; sicchè possa costruirsene una distinta nozione giuridica a seconda del diverso essere loro. E questo è il metodo che noi dobbiamo seguire: studiare i principii pei quali il furto che si accompagna da certe circostanze debba tenersi come qualificato, e desumere dalle circostanze medesime il criterio della propria misura: classare codeste circostanze secondo il loro modo di essere, e secondo i diversi principii che attribuiscono loro una speciale importanza politica: senza cercare se per codesto metodo avviene che in una stessa classe, che noi unifichiamo per la unificazione del principio, s'incontrino due fatti speciali, l'uno dei quali chiamossi dal codice Toscano o Gregoriano, furto aggravato, e l'altro furto qualificato (1) in ragione della diversa penalità che respettivamente si minacciava.

(1) Il furto *semplice* non può avere logicamente che un solo contrapposto; quello cioè del furto *accompagnato da qualche circostanza che lo aggravi,* ossia il furto *qualificato.* La terza specie del furto *aggravato* non è propriamente una terza specie ma una suddivisione del furto qualificato desunta dallo essere più o meno esasperata la pena. Al legislatore toscano fermata la idea (d'altronde giustissima) che non tutti i furti qualificati dovessero punirsi di casa di forza, parve non potersi attuare cotesta idea senza togliere dalla serie dei furti qualificati quelle specie che non voleva punire tanto severamente. Ma questa fu una vana ubbìa. Già si aveva il precedente in altri codici (come per esempio nel codice Francese) di furti puniti coi ferri a vita, di furti puniti con venti anni di galera e di furti puniti con la semplice reclusione, e pure sempre compresi sotto la generica denominazione di furti qualificati. Inoltre lo stesso codice Toscano ha trovato di dover punire i furti qualificati ora con dodici anni, ora con venticinque di casa di forza, ed ora con lo ergastolo. Sicchè non è neppure ottenuto il fine di determinare la classe con la identità della pena. E finalmente è avvenuto al legislatore toscano ciò che avvenir deve a chiunque tracci le classi dei reati sulla linea elastica e variabile delle penalità; voglio dire di confondere e tramescolare le specie: e così nella serie dei suoi furti aggravati se ne trovano permisti alcuni che ontologicamente sarebbero semplici con altri che avrebbero pure una qualità aggiunta. Come puoi tu pretendere di numerare con esattezza le specie pertinenti a questa serie dei furti aggravati se piace dimani al legislatore di togliere ad una specie di furto quello aggravio di pena che jeri gli aveva minacciato? Tutto diviene fluttuante ed incerto nella esposizione scientifica tostochè si ammette una volta che gli enti criminosi si definiscono e si classino non secondo natura loro, ma secondo la qualità della pena che il legislatore è padrone di variare una volta l'anno a talento suo. Di ciò dette prova lo stesso codice Toscano nel quale la delimitazione data nel 1853 alla

classe dei furti aggravati si trovò tutta capovolta per la riforma del 1856, e lo sarebbe di nuovo ad una nuova riforma.

CAPITOLO IV.

Criterii misuratori della quantità naturale *nel* furto.

ARTICOLO I.

Criterio desunto dal valore *della* cosa.

§. 2046.

Il pensiero che il delitto di furto debba giudicarsi come tanto più grave quanto maggiore era il pregio della cosa rubata si presenta all' animo di tutti come una intuizione istintiva. Lo trovano ragionevole i seguaci della scuola ascetica perchè se ne rivela maggiore la malvagità del colpevole: lo accettano i seguaci della teorica della spinta perchè se ne aumenta lo impulso a delinquere per l' aumentata utilità del delitto: lo approvano i seguaci della teorica del danno, perchè dalla maggiore valuta dell' oggetto tolto si accresce il disastro patrimoniale dell' offeso. Malgrado ciò fuvvi chi opinò non doversi nel furto avere riguardo nessuno al valore della cosa; laonde i filosofi, i criminalisti ed i legislatori si divisero in due schiere su questo argomento (1).

(1) Che il valore del tolto debba entrare nel calcolo della penalità del furto lo dimostra l' Erhard *(de notione furti*

pag. 148, *et seqq.)* anche con ragioni politiche, osservando che senza ciò si alletterebbero i ladri ai grossi furti. Vedasi Giuliani *Istituzioni di diritto criminale vol.* 2, *pag.* 506. Scientificamente fu combattuto il criterio del valore anche da molti dotti dell' Alemagna. Essi trattarono di ridicola la distinzione tra furto magno e parvo, argomentando sulla indole *relativa* della ricchezza. Essi rilevarono come assurdo che la differenza di un *grosso* decidesse dalla carcere allo ergastolo: e che poi si colpisse con una stessa pena il furto di mille, e il furto di diecimila imperiali. Senza dubbio queste difficoltà sono gravi, e consigliano il legislatore ad usare una maggiore larghezza nelle delimitazioni del criterio desunto dal valore. Ma in fin dei conti un inconveniente che si obietta da un lato non sempre conclude se dall'altro lato vi è inconveniente maggiore. Al primo obietto si risponde che prova troppo, perchè anche in tema di ferite può dirsi assurdo che poche ore di malattia decidano dalla carcere alla casa di forza. Al secondo obietto si risponde che vi è più differenza sotto il punto di vista politico tra il furto di venti lire, ed il furto di mille che non ve ne sia tra il furto di duemila, ed il furto di ventimila. Nei gradi inferiori dei delitti anche le piccole differenze possono essere apprezzabili: nei gradi superiori non più. Quando il delitto sale ad una certa gravità è necessario di ricorrere ad energica repressione. Da questo momento le varietà ulteriori non potrebbero calcolarsi senza andare ad eccessi. Anche il ferimento dopo trenta giorni è grave, ed è grave ugualmente se cagiona una malattia di quaranta come se la cagiona di ottanta. Le pene pecuniarie si potrebbero repartire con una proporzione aritmeticamente esatta: ma ciò (oltre un certo punto) nelle pene afflittive è impossibile.

§. 2047.

Platone si pronunciò per la rejezione di questo criterio: Filangieri *(scienza della legisla-*

zione lib. 3, part. 2, cap. 54, pag. 40) ed altri seguitarono la dottrina platonica; e tale opinione prevalse nel codice Francese (art. 401); il quale può dirsi quasi una eccezione fra tutti i codici contemporanei. Esso lasciando all' arbitrio del giudice lo spaziare nella quantità della pena relativamente determinata, non segna alcuna graduazione speciale desunta dal valore del tolto. Cotesta scuola mosse principalmente da due considerazioni, l' una delle quali può dirsi *estrinseca,* e l' altra *intrinseca.* La prima considerazione parte dal pensiero che se il ladro rubò poco, ciò avvenne perchè non potè rubare di più, mentre il suo desiderio sarebbe stato di rubare più che poteva: ma ciò non è vero perchè molte volte la esperienza mostra che alcuno ruba poco, perchè si contenta di rubare poco: e sarebbe ingiusto procedere sopra una supposizione frequentemente smentita dal fatto. L' altra ragione che dico intrinseca, si è questa che il delitto di furto consiste nella violazione del *diritto di proprietà,* il quale nel suo essere *astratto* è sempre uguale; tostochè quel diritto fu violato, uguale sempre è il malefizio: ma è un errore anche questo. Ammetto che il diritto di proprietà astrattamente guardato abbia *in sè stesso* un valore. Ammetterlo bisogna, poichè se esistesse una legge la quale interdicesse a certe persone di divenire proprietarie, o limitasse loro la facoltà di divenirlo (come fecero alcuni statuti a danno degl' Isdraeliti) bisognerebbe ben dire che siffatta legge ha recato a costoro un *male,* ed un male che rappresenta un valore. Ma il diritto di proprietà ha due valori. L' uno dei quali può dirsi *astratto* ed *assoluto,* l'altro *concreto*

e *relativo*. Il primo è invariabile. E sulla considerazione di questo e nella sua violazione deve il legislatore stabilire un primo criterio per la misura del furto: criterio costante ed invariabile, qualunque sia il valore del tolto e che richiama sempre una quantità di repressione, costante pur essa come necessaria a proteggere quel diritto astratto. Ma il valore più sensibile del diritto di proprietà è quello *relativo o concreto*. E questo diritto aumenta o diminuisce della sua importanza, secondo che aumenta o diminuisce il valore dell'oggetto sul quale si è radicato. E questo valore deve considerarsi dal legislatore per completare in ogni reato di furto la misura della sua quantità, aggiungendo a quel primo elemento di calcolo desunto dal valore astratto del diritto di proprietà un secondo elemento mobile e indefinitamente variabile desunto dal pregio dell' oggetto speciale sul quale si concretava il possesso violato. È innegabile che il danno immediato del delitto di furto aumenta all' aumentarsi del valore del tolto. È innegabile che il danno mediato se ne aumenta pur esso proporzionalmente. È dunque impossibile servire a giustizia eliminando affatto dal calcolo della quantità politica del furto ogni considerazione del valore del tolto.

§. 2048.

È regola indefettibile che sulla quantità del delitto influisca la *importanza del diritto leso:* ma la importanza del diritto leso dal furto non può esattamente giudicarsi senza aver riguardo al valore della cosa. Anche il diritto alla integrità delle mem-

bra se guardasi come diritto astratto si potrà dire sempre uguale a sè stesso. Ma pure la quantità naturale del reato di ferimento varia per comune consenso secondo la importanza del membro leso, e secondo il danno recato al corpo dell'offeso. Filangieri per criticare la norma del valore, la guarda rimpetto al derubato, e ne argomenta la impossibilità di una esatta valutazione del *danno*, osservando che fa più danno al povero rubargli uno scudo che non fa danno al ricco rubargliene dieci: da ciò si verrebbe a concludere che volendo aderire strettamente al criterio del danno dovrebbe punirsi di più il furto fatto ad un povero e punirsi meno il furto fatto ad un ricco: così si verrebbe ad un relativo di relativo impossibile a raggiungersi con esattezza. Ma per quanto la osservazione di Filangieri sia vera in fatto, non è per questa via che possa confutarsi la dottrina del valore del tolto o condurla ad una casuistica che sarebbe generatrice d' immense confusioni nel foro. Le eventualità di un maggior danno relativo derivante da un delitto per causa di certe posizioni eccezionali del suo paziente è comune a tutti i reati; e poco vi vuole a vederlo. Ma se il legislatore non può nel considerare il danno diverso che abbia (a modo di esempio) recato la perdita di un braccio cagionata dal feritore ad un povero artigiano, e la perdita di un braccio cagionata ad un ricco signore; nè punire più quella di questa perchè quella ha condotto l' offeso a limosinare; può però calcolare in genere che la perdita di un braccio è danno maggiore che la perdita di un dito. E tanto basta perchè l' argomentazione di Filangieri

risulti anche questa volta sofistica. I Romani ebbero innanzi codesto criterio quando punirono il furto con la pena del duplo o con la pena del quadruplo, secondo che era o no *manifesto* (1). E benisimo il legislatore toscano assunse come uno dei principali criterii della penalità del furto il *valore obiettivo* della proprietà violata. Soltanto potè sembrare meritevole di censura per la troppo meschina o a meglio dire nessuna valutazione del diritto di proprietà *subiettivo*.

(1) Fino dagli antichi tempi di Roma invalse la distinzione tra furto *manifesto* e *non manifesto*: la comune dei dottori trova il primo nel caso del ladro sorpreso col furto in dosso; il secondo negli altri casi. Ma qual fu la ragione per cui i romani punirono il furto *manifesto* del quadruplo ed il *non manifesto* del duplo? Tentò spiegarlo Hommel (*opuscula juris univers. opusc.* 2, *observat.* 6) dicendola importazione spartana. Gli spartani non punivano il furto e soltanto infliggevano la fustigazione al ladro che si fosse lasciato sorprendere; non perchè avesse rubato ma per la goffaggine di lasciarsi sorprendere. I decemviri avrebbero imitato questo pensiero ordinando che il ladro sorpreso si addicesse al padrone e si verberasse; e dando negli altri casi l' azione al duplo. Ma poichè la legge Petilia proibì la addizione, e la legge Porcia proibì la verberazione, il pretore sostituì la pena del quadruplo. L' Hommel così spiega benissimo come avvenisse la sostituzione del quadruplo all' addizione e verberazione: ma resta sempre a spiegare come i romani accettata per massima la punibilità del furto ne aumentassero la pena per la mancata destrezza. Sarebbe forse audace la congettura che nel furto manifesto si contemplasse il furto dei borsajoli? Tornerò più avanti su questo argomento, quando dovrò parlare della qualifica desunta dalla *presenza* del padrone. Neppure mi persuade la ragione

che ne dà lo Stuck (*exercitat. pars* **1**, *decad.* **15**, *assert.* 5, *lit. b*) dicendo che con ciò si era voluto eccitare i padri di famiglia alla vigilanza delle cose loro; questa ragione sarebbe stata sufficiente se la differenza del duplo e del quadruplo fosse stata coeva alla distinzione: ma la distinzione nacque con la verberazione contro il ladro sorpreso; la quale esprime la idea di un male maggiore di cui si crede meritevole il ladro, e non di un benefizio o di un premio al padrone diligente. Alla mia tenuità apparisce sempre oscuro questo punto di storia. Pare di più che simile distinzione fosse conservata ancora da alcuni statuti di Germania: Puffendorf *observation. jur. univ. vol.* **1**, *in append. pag.* **180** — Lauterbach *disp.* **62**, *thes.* **11**. I romani distinsero ancora il *furtum conceptum;* e tale lo dicevano quando la cosa rubata si era rintracciata dal padrone nella casa del ladro: distinguevano il *furtum oblatum;* e si aveva quando la cosa fosse riutracciata presso alcuno nella casa del quale l' avesse portata il ladro od un terzo pel fine di farvela ritrovare. Per cotesto rintracciamento avevano delle forme particolari descritte dagli eruditi. Vedasi Van der Straten *diss. de antiquo furto lance et licio concepto* — Tatio Alpino *in aepistola ad Hungher* (nel *Tesoro* del Meerman *vol.* **7**, *pag.* **779**,) — Cannegeter Hermann *observat. rer. rom. lib.* **3**, *cap.* **20** — Rosino *antiquitatum romanar. lib.* **8**, *pag.* **626**, *col.* **2**, *lit. e.* Distinguevano ancora il *furtum prohibitum* e il non *exhibitum;* alle quali specie annettevano differenti azioni; lo che poco interessa al giure penale. Può vedersi su ciò quanto ne espone con la sua consueta esattezza il mio esimio collega ed amico professore Alessandro Doveri nella sua eccellente opera che ha per titolo *Istituzioni di diritto romano, vol.* **2**, *pag.* **307**.

§. 2049.

Riconosciuto nel valore del tolto uno dei criterii misuratori della quantità naturale del furto, nasce il bisogno di esaminare con quali regole ed in quali modi debba e possa determinarsi con giustizia codesto valore. Ed in quanto alla regola fondamentale di siffatta valutazione io sostengo che il solo valore attendibile come misura della pena del furto semplice è l' effettivo valore intrinseco e venale della cosa rubata. Non deve dunque entrare in codesto calcolo nè la *utilità* che il ladro (1) potè cavarne; nè il *costo* dell'originario acquisto; nè le *affezioni* particolari, o le speciali *destinazioni* del proprietario (2).

(1) Così la nostra Corte di Cassazione decise (*Annali Toscani XIX*, 1, 384, 385) che nel furto di un libretto della Cassa di risparmio il valore del tolto si rappresentava dal compendio delle somme depositate e non dalla minor somma che potesse averne ritirato il sottrattore.

(2) Una singolare applicazione di questa regola vidi fare un giorno dalla Corte Regia di Lucca in proposito di furto di *uccelli da canto*. L' accusa sosteneva doversi il valore del tolto determinare secondo il valore che hanno siffatti uccelli in ragione del diletto che recano o del servigio all' aucupio. La Corte invece seguitando la tesi della difesa disse doversi valutare quegli animali per il valore che avevano morti, e così come oggetti da cibo. Io non rimasi persuaso di questo giudicato. Mi parve che si confondesse il *prezzo di affezione* (che non deve tenersi a calcolo) con la *destinazione* anche meno ordinaria che può avere un oggetto; la quale deve tenersi a calcolo. L' animale rubato vivo deve prezzarsi per ciò che vale vivo, e per gli usi che pre-

sta vivo, quantunque il vandalo rapitore lo abbia ucciso per mangiare. Chi direbbe che il ladro di un dipiuto di Tiziano è responsabile giusta il valore della tela, perchè egli si valse di quella tela a foderarsi una giubba? Si potrà dire se vuolsi che il prezzo che si attribuisce ad una bella pittura come ad un animale raro, è in un certo senso un *prezzo di affezione*. Ma non è questa la affezione individuale del padrone (che si troverebbe nel ricordo di un amico) la quale non è valutabile: è un' affezione estesa a molti, e che alla cosa nello stato in cui era prima che la colpisse la mano del ladro dava sul mercato un valore reale. Vedasi Klien *de pretio rerum furto ablatarum*.

§. 2050.

È parimenti regola che in ordine al *tempo* il valore del tolto si giudichi tale quale era al *giorno del furto;* senza avere riguardo al più o meno che la cosa potesse costare, o precedentemente o posteriormente. Non tuttociò che il giudice civile può avere in considerazione nel calcolo delle indennità può portarsi a carico del delinquente per aumentarne la responsabilità penale (1). Queste regole furono riassunte con sufficiente esattezza dalla costituzione criminale Teresiana che all' art. 94, §. 10, così dispose — *è da avvertirsi che il furto non venga valutato nè in un valore esagerato, come per avventura lo apprezzasse il derubato nello speciale affetto che avesse per la cosa involata o per un guadagno che egli sperava ritrarre da essa, nè nemmeno secondo quanto profittò al ladro, ma bensì secondo il suo vero valore intrinseco.*

(1) Questa regola sembra contradirsi dai pratici. Hommel *(rhapsodiae observatio* 86) insegna che di una cosa

rubata ad un mercante il valore si deve determinare secondo ciò che *era costata* a quello senza nessun riguardo al di più che la poteva vendere nel giorno del furto. Parmi che in questo delicato argomento si debba distinguere fra il caso del valore aumentato e quello del valore diminuito. Se io pagai dieci una cosa che oggi vale cinque ed oggi è rubata, il furto è senza dubbio di cinque. Quando pagai cinque una cosa che vale dieci, a tutto rigore parrebbe doversi dire lo stesso; pur non ostante la benignità dei pratici li ha portati talvolta a deflettere da questa rigorosa deduzione, contemplando quel di più che poteva venderla il mercante non come un valore intrinseco alla cosa stessa ma come un lucro personale del medesimo. Una regola tutta opposta sembra che si preferisse dai romani, e che calcolassero nel valore della cosa rubata anche gli aumenti che aveva ricevuto posteriormente al furto. Ciò pose come controverso il Fabro nelle sue congetture (*lib.* 16, *cap.* 12) ma lo confutò con apposita dissertazione Van der Water *observat.* 4, *pag.* 258; e difatti la *l.* 50, *prin. ff. de furtis* pone come certo che debba quadruplarsi ancora *id in quo res preciosor facta est* — Jensio *Stricturae Justinianeae pag.* 489. Ma può egli mai farsi illazione da una pena pecuniaria che tiene luogo d' indennità ad una pena afflittiva di corpo?

§. 2051.

Ma poichè trovo negli scrittori antichi e contemporanei (1) molte contradizioni, e spesso grandi inesattezze su questo argomento, così mi piace trattenermi sul medesimo; e studiare la teorica nei suoi diversi punti di vista nel mero aspetto scientifico, e senza riguardo alle leggi positive. Comincio dallo stabilire i principii che mi guidano in questa disamina. Il furto è un delitto di *avidità*. È l' avidità

dell' altrui ciò che costituisce la proeresi criminosa: è questa rea passione che si vuole reprimere. Vuolsi è vero proteggere il diritto di proprietà, ma si vuole proteggere in faccia ai danni che le può recare l' altrui avarizia, non l' ira, non la malevolenza, non la scioperataggine. Dunque di tanto deve accrescersi la pena di quanto il ladro potè col furto arricchirsi nel giorno in cui lo commise. Il di più sarà un *danno* valutabile in faccia al titolo di danno dato, di ingiurie, od altro simile, ma non come valore del tolto. Questo danno accessorio, quando sia maliziosamente *voluto*, potrà far sorgere un titolo prevalente sul furto, come nel caso d' incendio a fine di rubare: se non fu maliziosamente voluto potrà sorgere a lato del furto la figura di un *danno colposo;* farà luogo a delle riparazioni civili; ma non aumenterà il valore del tolto. La formula che ogni delitto si deve valutare dal danno recato, prova troppo se si trasporta senza limite nel tema del furto. I danni *accessoriamente* arrecati per un delitto possono aumentare la odiosità del fatto, e il giudice nella sua prudenza desumerne una ragione di maggiore inesorabilità nell' applicazione del criterio essenziale. Ma il criterio essenziale deve esser desunto dal danno *intrinseco* e *positivo;* perchè la misura radicale di una imputazione in ragione di dolo deve guardarsi sempre in rapporto al *fine* che si volle ottenere col delitto. Tutte le altre accidentalità essendo colpose possono tenersi a calcolo come accessorii, ma non alterare i criterii radicali della misura del maleficio. Premesso ciò passo all' analisi delle diverse forme sotto le quali si può presentare la questione.

(1) Ho meditato la dissertazione che il Mages Procuratore di Stato in Austria ci diede su questo argomento, e che trovasi riprodotta nell' *Eco dei Tribunali* dell'anno 1860 ai *nn.* 1044-45-46-47; e l' ho trovata altrettanto erudita quanto mancante di chiarezza; sicchè neppur si giunge a comprendere nettamente la vera formula che ha voluto stabilire l' autore. In quanto alle leggi romane è pericoloso trarne argomento se non si tiene fiso l' animo nella distinzione fra la *condictio furtiva*, la *actio furti civilis*, e la *actio furti poenalis*. Anche qui bisogna ricordare quel precetto generale che insegna a guardarci dallo accogliere come dottrine scientifiche le opinioni dei varî scrittori i quali guardarono la questione in faccia alla lettera speciale di statuti locali. Pericolosissimo è l' oblio di cotesta regola nello studio dei criminalisti. Il Mages (a cagione di esempio) tratta la questione rispetto all' art. 173 del codice penale Austriaco, il quale è infelicissimo in questo punto: perchè comincia col dettare come criterio della penalità nel furto il *valore della cosa rubata* e poscia si riferisce al *danno sofferto dal proprietario*. Questa è la cagione delle tante divergenze che s' incontrano negli scrittori e nella giurisprudenza circa all' applicazione di quell' articolo.

§. 2052.

Primo caso — Il 30 marzo 1867 è rubato un sacco di grano. Il proprietario lo aveva pagato sedici franchi: il giorno del furto alla piazza valeva venti. Il furto è di venti, o di sedici? Rispondo senza esitazione, è di venti: perchè in quel giorno il proprietario ha perduto una cosa che rappresentava il valore di venti, ed il ladro si arricchì di un valore di venti. Se egli in fatto lo vendè meno, suo danno: se lo vendè di più, fortuna sua. La misura del delitto non può tener dietro a queste eventua-

lità. Ma neppure il ladro può pretendere che se al proprietario l'oggetto costava poco, perchè (a modo di esempio) lo aveva fabbricato da sè, egli dovesse tenersi responsabile del furto di quel poco. Nè l'uno, nè l' altro: il valore venale dell' oggetto al giorno del furto (1) è il solo tipo del tolto e della misura del delitto. Ma errarono a partito coloro che da questa regola credettero desumere la proposizione che nel valore del tolto dovesse calcolarsi il *lucro cessante.* Quell' aumento di prezzo che intervenne fra l' acquisto ed il furto e che al proprietario viene sottratto insieme con l'oggetto non è davvero *lucro cessante;* è valore reale, con buona pace di chi disse il contrario: è un *lucro* sì, ma un lucro già fatto, già completo, già certo che si è compenetrato col valore della cosa. Sottrarre la cosa reca in quel giorno una perdita *effettiva* anche in ciò che rappresenta l' aumento sopravvenuto all' acquisto e non toglie già soltanto una speranza. Con lo stesso principio si deve sciogliere il caso rovescio. Il proprietario aveva pagato il grano venti lire: al giorno del furto era deprezzato fino a sedici: il furto (checchè altri vada sofisticando) è di sedici. La cosa perisce o deteriora al padrone. La perdita dei quattro franchi era un danno che già nella cosa sua aveva colpito il padrone al giorno del furto; il ladro non si potè arricchire in quel giorno che di sedici franchi.

(1) Il caso più sottile e broccardico in questo punto di vista è quello del valore della *moneta*. Oggi (13 aprile 1867) si vende in Pisa il Napoleone d' oro a ventitre franchi, e qualche cosa di più. Se oggi è rubato un Napoleone d' oro

si ha egli un furto di ventitre franchi, o di venti? Questione difficilissima. Se si sta alla formula economica che il denaro è una *merce*, il furto è di ventitre franchi, perchè oggi la cosa rubata valeva ventitre franchi. Ma il ladro vi risponderà non essere il Napoleone che vale di più, ma la carta moneta che vale meno: vi dirà che la legge quando fissò la pena per il furto superiore a venti franchi ebbe in vista la moneta nella valuta che egli le aveva dato; e che è assurdo obiettare il furto di ventitre franchi a chi ha preso una moneta da venti franchi. È un fatto però che oggi il ladro si è arricchito di ventitre franchi, e il padrone ha perduto altrettanto. Ma il legislatore penale previde il franco moneta, o il franco valore ideale? Ecco dove sta il dubbio.

§. 2053.

Secondo caso — Le vicende del commercio hanno fatto sì che la cosa rubata il 1.° gennaio valga oggi trenta franchi mentre a quel giorno non valeva che venti. Ecco i veri termini del *lucro cessante*, malamente confusi nel caso precedente. Il proprietario dice che ha patito un danno di trenta franchi poichè tanto avrebbe oggi venduto quell' oggetto: e dice benissimo sotto il punto di vista delle indennità civili; perchè il ladro ha l' obbligo di ripresentare la cosa, e ripresentandola oggi renderebbe al proprietario un valore di trenta; la indennità pecuniaria non è che lo equivalente della cosa non ripresentata oggi: d' altronde *fur semper moram facere videtur (leg. 8, §. 1, ff. de condictione furtiva).* Ma per gli effetti penali queste eventualità non si possono considerare. Se il grano nel campo è stato dal ladro segato in erba per pascerne un animale, il proprietario che chiede la indennità, potrà dire che quell' erba venuta a maturazione gli avrebbe

reso due staia di grano. Ma il ladro non ha rubato che un fascio d' erba; non si poteva arricchire in quel giorno oltre il valore dell' erba. Non è questione di avere venduto più o meno la cosa rubata: è questione del valore effettivo della cosa in quel giorno considerata in sè stessa. A quel giorno non era che un foraggio, e un foraggio fu tolto. Non vale l' opporre che se il ladro ha rubato un' incisione di Cellini e l' ha fusa per vendere il bronzo, non è reo del furto del metallo ma del furto della statua. La parità non corre perchè la statua a quel giorno aveva un valore venale effettivo di parecchie migliaia; mentre l' erba a chiunque si vendesse in quel giorno non poteva valere più di quello che valeva come foraggio. La fusione della statua presenta l' uso pazzo che il ladro faccia della cosa *dopo la contrettazione*; e questo non deve attendersi perchè non toglie il fatto del valore reale che la cosa aveva nel momento in cui fu eseguita la contrettazione. Il valore del metallo come statua non è un lucro cessante, è una realtà; che se il ladro non l' ha ottenuta, suo danno. Ma l' erba in quel giorno non era che erba e come tale nessuno l' avrebbe pagata di più: non deve confondersi il danno all' immobile col valore del tolto; e se non vuolsi porre la imputazione del furto alla balia di un numero di accidentalità che condurrebbero alle più intollerabili esagerazioni bisogna stabilire come regola che il *lucro cessante* (1) non entra nel calcolo del valore del tolto.

(1) Anche in questo caso sorge una ipotesi assai disputabile. Come si calcolerà il valore del tolto nel furto di un

biglietto da lotto, o di una cartella d'imprestito a premio? Se al giorno della sentenza già sono esaurite le relative estrazioni e il biglietto o la cartella non furono vincitori non si eleva questione. Il ladro non può dire che il biglietto da lotto non val *niente*, per concluderne che niente rubò; nè può liberarsi dagli obblighi col restituire il biglietto da lotto. Il suo reato non si cancella per gli eventi della sorte: rubò, ed è punibile per furto. Ma quale sarà il valore del tolto? Sarebbe esagerato equiparare la speranza alla realtà e condannarlo come colpevole per furto di 1000 franchi perchè tanto poteva guadagnare quel biglietto, quando è ormai certo che niente guadagnò: e sarebbe a mio credere non meno erroneo imputarlo del furto di 50 centesimi perchè tale era il valore della giocata. In questa ipotesi la mia opinione si è che il fatto tentato prevalga al consumato. Il furto consumato cadde sul valore di 50 centesimi ma il ladro tentò di rubare 1000 franchi. Esaurì gli atti subiettivi della esecuzione del reato; fu il caso fortuito indipendente dalla sua volontà quello che lo impedì a consumare il furto di 1000 franchi con lo esigere la vincita. Egli è dunque reo di un furto tentato (o meglio di furto mancato) del valore di 1000 franchi; ed io sarei tranquillo su questa soluzione. Più grave difficoltà nasce nel caso rovescio, se le estrazioni dello imprestito non sono ancora esaurite e si protrarranno forse per un mezzo secolo, dovremo noi aspettare la liquidazione del tolto indefinitamente? E se il biglietto da lotto al giorno della sentenza era riuscito vincitore, il ladro che effettivamente riscosse il terno dei mille franchi lo dichiareremo noi colpevole di un furto di cinquanta centesimi? Sarà veramente questo un lucro cessato, o non piuttosto si dovrà dire che trattasi di un valore *condizionale* che può scendere a niente, o salire altissimo secondo le eventualità successive? Vedasi il caso in termini giudicato dalla Corte di Cassazione di Firenze: *Annali di Giurisprudenza Toscana XV*, 1, 618.

§. 2054.

Terzo caso — Danno emergente o indiretto. È stata rubata una cavalla lattante: per mancanza di latte il puledro è morto. È stata rubata la foglia di gelso ad un proprietario che teneva una bigattiera: non si è potuta trovare altra foglia e i bachi sono morti. Ammetto che per le indennità civili possa tenersi a calcolo il valore del puledro, e dei bachi periti. Ma vi ha chi sostiene che il valore del puledro e dei bachi debba antrare nel calcolo del valore del tolto per aumentare la pena del ladro: e questo non mi persuade. Mi pare si risusciti la teorica Romana dell' acervo: è assurdo che si calcoli come tolto ciò che il ladro non volle *togliere* e non *tolse*. Invano si ripete che il danno è la misura della quantità dei delitti, e che il proprietario ha sofferto il danno dei bachi e del puledro. Il danno è la misura nei delitti *dolosi* quando esso si connette direttamente col *fine* dell' agente; al di là non può sviluppare che una *colpa* rispetto al titolo di furto; oppure un nuovo titolo differente. Il proprietario può essere morto pel dolore della perdita o per la paura. La morte del padrone nel rapporto ontologico sta al furto come la morte dei bachi o del puledro: punirete perciò il ladro come omicida! Tengo dunque come assoluta la regola che nel valore del tolto non devono calcolarsi i danni *successivi* ed *indiretti* che il proprietario abbia eventualmente incontrato per occasione del furto.

§. 2055.

Quarto caso — Danno contemporaneo ma accessorio. Io aveva uno scrigno rococò che valeva pei suoi pregi mille franchi: il ladro lo ha fatto in pezzi ma non vi ha trovato che venti franchi; e questi ha rubato. Sarà egli reo di un furto di mille franchi? Presa come assoluta la regola che il *danno recato al proprietario* stabilisca la misura del tolto, anche qui si vorrà dire che il danno supera mille: ciò non si può impugnare. Ma come imputare un furto di mille franchi, a chi ne ha presi soltanto venti! Se obiettate il titolo di *danno dato,* certamente questo titolo incontra un valore di mille; ma il criterio del *furto* è tutto distinto dal criterio del danno dato, ed è un errore, una vera confusione di termini congiungere i due valori. Se il titolo di danno dato per mille incontrerà una pena superiore al furto di venti, potrete applicare la teorica della prevalenza irrogando la pena maggiore: potrete anche (se vi piace dimenticare la regola unificatrice) applicare ambedue le pene, perchè il fatto del rompere il mobile e il fatto del portar via la moneta furono opera *immediata* della mano del ladro e da lui entrambo *voluti;* ma non potrete trasportare nel criterio del furto il criterio del danno, e valutare come cosa tolta ciò che il ladro non ha tolto nè voluto togliere. Se esso portò via lo scrigno, il valore di questo si calcolerà nella pena quantunque egli poscia lo facesse a pezzi o lo gettasse via. Ma le cose rotte per rubare non presentano che una *amozione preparatoria* (§. 2022) e nella medesima

non si è concretato il furto. Onde è un paradosso includere nella obiettività del furto ciò che non fu soggetto passivo del furto. Tengo dunque per ferma anche questa regola che i danni *accessorii*, quantunque contemporanei e volontariamente cagionati dal ladro, non entrano nel valore del tolto (1).

(1) Siffatta regola si espresse dai Dottori con la formula *non calculantur res interversae, sed tantum ablatae:* Leyser *Meditationes in pandectas vol.* 8, *spec.* 537, *medit.* 19.

§. 2056.

Quinto caso — Valore *relativo.* È stato rubato un cavallo della pariglia. La pariglia costava cento zecchini; il cavallo rimasto spărigliato non vale che cinquanta scudi: il proprietario ha sofferto un danno di cento cinquanta: ma si dirà per questo che il ladro ha involato un valore di cento cinquanta scudi? Il valore dei cento zecchini rappresentava una idealità: lo apparigliamento. L' accoppiamento di due gemme ad uso di orecchini, la esistenza di un albero provetto nella fila dei suoi simili che adorna il viale di una villa, non sono nello intrinseco della gemma o dell' albero tolti dal ladro: sono in un *rapporto* con altri oggetti; ed ogni *rapporto* non può essere che una idealità. Questa idealità il ladro l' ha distrutta: sta benissimo che la idealità distrutta fornisca criterio alla sua responsabilità sotto il titolo di danno. Ma in faccia al titolo di furto egli non ha trasferito nel suo possesso la idealità; non ha voluto rubar la pariglia, nè la coppia degli orecchini: e non l' ha rubata. Ha rubato un

solo cavallo, una sola gemma, e questi oggetti che sono il solo soggetto passivo del furto non avevano in loro che il valore proprio. La ruota di ottone involata scompone la macchina a cui apparteneva, e reca gran danno al padrone; ma il ladro non ha rubato che una ruota di ottone; il *relativo* lo ha distrutto è vero, ma non lo ha tolto. Lo stesso dicasi di un libro antico involato da una collezione. Quel libro dovrà valutarsi non come libro comune ma come libro a cui dà valore speciale la sua rarità: ciò è intrinseco nella cosa perchè quel libro anche isolato sarebbe valso quel di più. Ma la deteriorazione della collezione corre la stessa linea della porta rotta per rubare: è guastata ma non rubata (1). Concludo che se (come è necessario) vuolsi togliere la pratica dalle ambagi pericolose bisogna ridurre il criterio del quale ragiono ai più semplici termini: *quanto valeva sul mercato la cosa rubata?* Ecco la ultima formula, unica positiva, unica giusta, unica che non faccia dipendere la pena dal caso. L'animo di lucrare costituisce la ESSENZIALITA' del furto: questo animo non può essersi portato al di là di ciò che valeva la cosa al mercato. Avrò voluto un danno maggiore e lo avrò anche recato, e rinfacciatemi ciò come danno. Ma non ho voluto rubare, nè ho rubato, un obolo di più di quello che valeva la cosa. Troppo spesso in penale si avvera il proverbio che chi troppo si *assottiglia si scavezza;* e così è avvenuto a certi scrittori che sono andati nelle nuvole dettando regole sulla valutazione del tolto. Ma lo scavezzamento nelle regole di diritto penale per troppa sottilità è nella pratica pericoloso e fatale. Riassumo: si stimi ciò che valeva in *sè*

stessa la cosa al *momento della contrettazione*. Nessun riguardo al valore *antecedente*: nessun riguardo al valore *susseguente*: nessun riguardo al valore *relativo*: nessun riguardo ai danni *contemporanei*, nè ai danni *successivi* che non potevano fornire elemento di locupletazione pel sottrattore nello istante del furto.

(1) Anche questo caso porge una ipotesi speciosa. Io aveva una statua in bronzo d' insigne scultore che valeva a giusta stima seimila franchi. Il ladro l' ha rotta nel collo; ha portato via la testa; l' ha fusa e venduta per bronzo. Il proprietario dice che il furto deve calcolarsi sul valore della statua; e il ladro sul valore del bronzo: ma hanno torto ambedue. La statua non fu rubata, e ciò che non fu tolto non può sommarsi nel calcolo del tolto. La testa sottratta non era rude bronzo: era un oggetto d' arte fornito di un valore speciale per la mano d' opera, che (quantunque frantume) le dava un pregio; questo deve stimarsi; questo è il valore del tolto. Si sa che anche il tronco di Belvedere ha sempre un valore altissimo come oggetto d' arte. Il valore artistico della statua è stato *distrutto* dal ladro, ma non rubato: il valore artistico della testa era nell' oggetto tolto; il ladro ha portato nel suo possesso con animo di lucrare, e su questo valore è caduto il furto. Ciò che avvenne dopo la consumazione del furto per il mal uso dell' oggetto rapito non può retroagire nè impicciolire il delitto sotto quelle proporzioni che erano le vere nel momento della sua consumazione. La formula positiva corrisponde sempre in tutte le sue applicazioni.

§. 2057.

Sono queste le *basi giuridiche* sulle quali deve calcolarsi il valore del tolto. Ma i *modi* speciali di applicare codeste regole variano secondo le circo–

stanze; e solo deve ricordarsi di cercar sempre i modi migliori onde raggiungere la verità, e di avere innanzi il principio che in qualsiasi dubbio deve sempre prevalere la opinione più mite. Se l'oggetto rubato esiste ed è caduto in mano della giustizia deve andarsi in cerca del positivo sottoponendo quello all' esame di periti i quali diano giudizio della sua valuta, ed a questo si deve stare. Se più non esiste, o la giustizia non potè impossessarsene, si deve distinguere. Qualora trattisi di cose *fungibili* che abbiano un prezzo al mercato indipendente dalla loro specie; come (a cagione di esempio) il grano, il ferro, e simili, dovranno porsi in processo le mercuriali o le attestazioni dei mercanti di quel genere, ed a quelle starsi *(Annali Toscani XVII 1, 107, 1, 900)*. Se poi si parli di oggetti che abbiano un valore variabile secondo la specie o qualità loro, come un orologio, un anello, una qualità di vino, un libro, e simili, dovrà chiedersi al proprietario la dimostrazione del valore; ed esigere da lui, quando ciò si possa, che documenti le sue affermazioni con le ricevute del venditore, o con le attestazioni di chi vide l' oggetto; ed ove ciò non si possa dovrà starsi alle sue dichiarazioni giurate, poichè il ladro col distruggere la cosa ha posto la giustizia in questa dura necessità. Ma doppia considerazione però ne avverte ad essere cauti nell' accettare le *stime* del derubato: sì perchè ogni padrone suole esagerare (anche a buona fede) oltre al vero il pregio delle cose sue; sì per timore che l' interesse lo spinga ad esagerare. Laonde invalse in pratica la regola che alle stime del derubato dovesse farsi una detrazione, per lo meno di un terzo (1).

(1) La detrazione del terzo non è peraltro applicabile ai furti di danaro: *Annali Toscani XII*, 1, 604 e *XIV*, 1, 3, 26. Qui il proprietario non *giudica* ma *asserisce*. Questa regola della detrazione del terzo fu una conciliazione fra due opposte dottrine che si dividevano la pratica. Gli uni ammettendo il giuramento del derubato a costatare il valore del tolto anche ai *fini della pena corporale:* altri negando di ammetterlo a codesti fini, e valutandolo soltanto agli effetti civili. Si vedano gli allegati dal Caldero *Decisiones Cathaloniae decis.* 67, *n.* 11 *et seqq.*

§. 2058.

Così si determina il *valore* delle cose tolte. In ordine poi alla loro *quantità* si procede con le regole generali relative alla prova del *materiale* del delitto, che nel furto si costruisce con la giustificazione della *preesistenza,* e della *deficienza.* Non si ammette però la finzione romana che chi rubò una *parte* dell'acervo si abbia (1) come ladro del tutto: nè lo argomento *a parte ad totum.* La presunzione che Tizio perchè risulti avere rubato *una parte* debba ritenersi avere rubato anche il rimanente, vale solo quando la deficienza fu *contemporanea.* Quando intercedette intervallo di *tempo* fra deficienza e deficienza, l'argomento non ha valore se non si conforti per altra via.

(1) La rigida dottrina romana *(leg.* 21, *in princ. ff. de furtis)* che chi aveva tolto da un acervo di frumento anche una piccola porzione si considerasse come ladro di tutto l'acervo, era figlia di una pedantesca aderenza al principio della *contrettazione.* Il ladro per involare una parte aveva dovuto portar la mano sul tutto, cioè *contrettare* (maneg-

giare) il tutto. Sostennero invece alcuni che quella regola derivasse dal paradosso stoico della uguaglianza di tutti i delitti: Merillo *observat. lib.* 2, *cap.* 5 — Eckhard *hermeneutica* §. 143. E su ciò nacque viva disputa fra gli eruditi, sostenendosi il contrario da Ottone *jurisprudent. symbol. exerc.* 2, *cap.* 3, *pag.* 144, e dal Walch nelle note all' Eckhard §. 143, *pag.* 286.

§. 2059.

Altra questione sorge nel caso di *tentativo;* non per determinare il *valore* (che in ciò è definito il modo) ma per determinare *cosa* volesse rubare, e *quanto* rubare l' attentatore del furto.

Circa l' uno e l' altro si dettò la solita presunzione che il ladro voglia sempre rubare *più che può.* Ma cotesta precipitosa presunzione è gravida di pericoli. Per decidere *quali* fossero le cose che il ladro intendeva rubare la esperienza smentisce la vantata presunzione della cupidità dei *ladri.* Spesso si veggono i malandrini introdottisi nell' altrui domicilio attaccarsi alle cose più vili e lasciar quelle di altissimo pregio. Ciò dipende dalla diversità dei bisogni e delle occasioni; poichè il ladro calcola sempre sulla facilità o difficoltà di vendere l' oggetto rubato. Io ho veduto nella mia propria casa ladri con effrazione afferrarsi alle patate, e lasciare gli argenti e la rameria. Quello poi che non bisogna mai dimenticare si è la sentenza infallibile che *voluntas non fertur in incognita:* per lo che prima di supporre nel malandrino la intenzione di rubare precisamente l' oggetto di maggiore valuta bisogna dimostrare che egli *sapesse* (almeno genericamente) esistere colà quell' oggetto. Non vale affermare che se egli

l' avesse visto lo avrebbe preso. Si può ammettere ciò: ma nonostante la nozione del tentativo non si concreta ancora su quell' oggetto; perchè mancando il fatto della apprensione, il giudicabile non può chiamarsi a render conto sotto il titolo di tentativo che di una *intenzione determinata* subiettivamente e obiettivamente. Equiparare la formula *l' avrebbe presa* con la formula *vi era andato per prenderla,* è un paralogismo che falsa la nozione del tentativo: e commette ingiustizia il giudice che lo tolga a base delle sue convinzioni. Sia pure che io avessi una cassetta di brillanti, o un sacco di denaro nella camera o nascosto nel granaio ove il malandrino s' introdusse pel fine di rubare. Avete voi dimostrato che il ladro *conoscesse* esistere colà quei brillanti o quel denaro? Avete voi provato che egli *intendesse* di prendere precisamente ciò? Finchè con argomenti logici non mi avete dimostrato che tale fosse la determinazione dal giudicabile, voi non avete ancora costruito l' elemento del *tentato* furto di quegli oggetti: perchè la intenzione di rubare quegli oggetti non è anche nata; e poteva non nascere. Poteva il ladro, anche veduti i brillanti, lasciarli; o perchè ne ignorasse il pregio, o perchè non sapesse come esitarli; o ne temesse la facile recognizione; o gli repugnasse il più grave fallo. Poteva contentarsi di prendere le camice, e lasciare i brillanti. È sempre una *possibilità di volere* che si trasforma *nello avere voluto;* mentre lo *avere voluto* è la condizione indispensabile del tentativo: lo che porta alla condizione del precognito, perchè non si può *volere* senza *prevedere,* e non si può *prevedere* senza *sapere.* Bisogna dunque che il giudice cauta-

mente proceda e con debita moderazione secondo le speciali circostanze del caso, e non sul cavallo pegaseo delle presunzioni e regole generali, che riescono troppo spesso fallaci.

§. 2060.

Circa il *quanto* è più facile la soluzione del problema. Il quanto si determina sui *mezzi di trasporto* preparati dal ladro. Qui la congettura è più solida, perchè si desume dal *fatto stesso* del giudicabile, e non da supposizioni vaghe ed astratte. Se il ladro venne al granaio con una vettura e quindici sacca, bisognerà ben dire che egli voleva rubare quindici sacca di grano. Se vi andò con un solo sacco non potrà tenersi responsabile che del tentato furto di un sacco di grano: nè varrà il dire, che ei vi avrebbe fatto più di un viaggio. Che se il ladro non aveva mezzi particolari di trasporto dovrà guardarsi allora quanta roba poteva egli caricare sulla propria persona, e tornerà a fare necessariamente il suo giuoco l'arbitrio prudente del magistrato. Ma appo noi per virtù dell'art. 44 del codice Toscano il giudice in luogo di attenersi alla stolida presunzione che il ladro ruba più che può, deve invece in mancanza di riscontri presumere il meno possibile.

§. 2061.

Il criterio del tolto nella misura della quantità naturale del furto ha fatto doppio giuoco nelle diverse legislazioni. Alcune ne hanno desunto una regola di proporzione crescente aumentando sempre la pena ad ogni di più che aumenta il valore della

cosa sottratta: a tale sistema di esatta graduazione portava la pena del quadruplo e del duplo accettata dai romani, ed è quanto alla multa riprodotto dal codice del Brasile (art. 257 e segg.). Altre tralasciarono ogni riguardo ai varii frazionamenti; ma contemplato un *certo valore* al quale ascendesse il furto, stabilirono una diversa penalità secondo che stava al di sotto o al di sopra di quella somma determinata: tale fu il sistema adottato dalla maggiore parte degli statuti dei tempi di mezzo e riprodotto dal codice Sardo art. 606: e ciò dette origine alla celebre nozione del furto *magno*. Altre legislazioni finalmente hanno mantenuto la graduazione proporzionale su certa scala di frazionamento; ed hanno poi riprodotto la distinzione tra furto *parvo* e furto *magno*, abbandonando ogni riguardo agli aumenti ulteriori quando il furto fosse salito ad una data somma: questo metodo complessivo dei due sistemi fu adottato dal codice Toscano (1). La distinzione tra furto *magno* e *parvo* fu accolta come criterio misuratore quasi universalmente dagli antichi statuti penali; e le tradizioni della distinzione medesima sonosi riprodotte in molti codici contemporanei. Se però fu universale concordia nei legislatori sul punto di dichiarare meritevole di gravissima pena il furto *magno* per la sola ragione del valore, e indipendentemente da ogni altra concomitanza, non vi fu concordia nè nella determinazione dell' aumento di pena, nè nella determinazione del limite di valore al quale cominciasse la condizione di *magno* nel furto.

(1) Il codice Toscano ha rispettato il criterio del valore del tolto fino a certi limiti anche a fronte di concorso di

qualifiche e di *aggravamenti;* perchè alle prime non ha dato virtù di mutare *specie* di pena se il tolto non supera cento lire, ed ai secondi non ha dato effetto di *aumentare la carcere* se il tolto non supera due lire, questa esuberanza però per la nostra giurisprudenza basta che sia anche di un' infima frazione di lira: *Annali di Giurisprudenza Toscana XVI,* 1, 827.

§. 2062.

Fuvvi divergenza nella determinazione dello aumento, perchè molti spinsero fino alla morte la pena del furto per la sola cagione che fosse magno, ed altri invece si tennero in più moderati confini. Fuvvi divergenza nel calcolo della grandezza del furto, perchè naturalmente doveva esser così pel motivo del variabile valore del denaro (1). La legge toscana del 1786 dichiarava magno il furto qualificato che ascendeva a venticinque scudi, e il furto semplice che ascendeva a scudi cinquanta (art. 74 e segg.). Il codice Toscano (art. 377 let. a) per dichiarare magno il furto esige che ecceda la somma di duemila lire fiorentine; il codice Sardo (art. 606) si contenta che superi il valore di franchi cinquecento. La scienza rimane sempre muta quando si tratta di numeri, e non può avere una regola da dettare su tale argomento, che dipende dallo stato di ricchezza delle diverse popolazioni, e dal modo di vedere dei respettivi legislatori.

(1) È immensa la oscillazione nei vari tempi e nei vari popoli sulla delimitazione del furto magno. Per l'antico diritto di Sassonia bastava a dir magno il furto che ascendesse a tre soldi; Haberlin *specul. saxon. et suevici, pag.* 48:

ma posteriori leggi portarono il limite a cinque soldi; Colero *decis.* 144, *n.* 10 — Carpzovio *jurisprudentia forensis pars* 4, *const.* 32, *def.* 1; e per ultimo fu portata a dodici imperiali e dodici grossi; ed altre modificazioni vi si introdussero per le istruzioni segrete del 1770 e del 1783, le quali rendettero sempre più incerta la giurisprudenza: Erhard *de furti notione pag.* 149 — Koch *Institut. jur. crim.* §. 197. E la misura di cinque soldi fu assunta anche altrove; onde il Behmer esaminò con apposita dissertazione (*Novum jus controvers. observat.* 6, *de significatione et valore solidi in pract. criminal.*) il genuino valore rappresentato da quella moneta: e quella misura aveva appoggio nel libro secondo *de feudis tit.* 27, §. 8. Malgrado ciò alcuni statuti della Germania la portarono a quattro soldi ed altri ad otto: Puffendorf *observat. vol.* 3, *pag.* 150; *et in appendice pag.* 270 *et* 404. Per la Carolina (art. 160) fu portato a cinque fiorini: il regolamento penale Tirolese lo stabiliva a venticinque lire di Berna: nel regno di Valenza si portò a cento lire; Leo *decis. Valentinae decis.* 125, *n.* 5. Dai bandi romani fu portata a cento scudi; Dolfio *allegationes, allegat.* 105, *n.* 17 *et* 23; per le leggi inglesi fu stabilito a dodici soldi della loro moneta: Blackstone *Commentaries, book* 4, *chapt.* 17, *pag.* 237. E in molti luoghi le pratiche modificarono ad arbitrio le misure stabilite dalla legge; Asinio *de religiosis pag.* 125, *n.* 148 — Marco *decis. Delphinales vol.* 2, *decis.* 6, *n.* 2 *et* 4: e si venne ad insegnare recisamente che la determinazione del furto magno dovesse rilasciarsi al prudente arbitrio del giudice: Angelo *in leg.* 1, *n.* 7, *vers. quod autem dixi C. unde vi* — Carerio *practica tit. de homicid.* §. 2, *n.* 6 — Dolfio *allegat.* 105, *n.* 5; *et* 188, *n.* 7 — Mastrillo *decis. siculae decis.* 278, *n.* 46. E questo doveva bene accadere per causa delle grandi varietà e modificazioni nel valore della moneta.

§. 2063.

Se i ladri siano parecchi si adotta per regola la *solidale* responsabilità. La complicità (1) o correità si referisce al delitto nel suo insieme, nel suo complesso, in tutti i momenti del suo resultato. Tranne casi eccezionalissimi e rari, il valore del tolto quando il furto sia commesso in un medesimo contesto di azione, al quale parecchi individui attivamente cooperarono per un fine comune si determina sul complesso di ciò che tutti insieme rubarono, nè si va a cercare la valuta delle cose respettivamente afferrate dall' uno o dall' altro di loro: sieno quali si vuole i patti di reparto stipulati fra i più partecipi di un reato la corresponsabilità del delitto si distribuisce secondo la parte presa nel medesimo, e non secondo l' utile che possa averne l' uno o l' altro ottenuto o sperato. Questa regola si applicava nell' antica pratica al grave effetto di dichiarare il furto magno: ma trovasi però valutata talvolta come diminuente la circostanza che nessuno dei ladri fosse giunto a conseguire la metà della somma costituente il furto magno: Harpprecht *decis. 5, n. 39, et 100.*

(1) Tale regola non è che un effetto giuridico della nozione della complicità. In mancanza di questa ognuno dei più ladri non può essere responsabile che della parte presa da lui, neppure agli effetti civili delle indennità: Rovito *pragmat.* 3, *de furto nocturno, n.* 3 — Dolfio *allegat.* 134, *n.* 3 *et* 12 — Bajardo *ad* Clarum, *quaest.* 90, *n.* 58. Sebbene a tali effetti siavi chi voglia limitare la re-

gola nel caso di insolvenza: Carpzovio *decis.* 190. Anche la complicità può però esistere senza tale effetto quando nel disegno originario di due colpevoli siavi stata separazione di fine. Tizio e Cajo si unirono per entrare in mia casa al determinato fine di rubarmi, Tizio l' oriuolo e Cajo un libro. Potrà essere anche correità fra loro, ma dove interessi distinguere sulla ragione del valore Tizio si punirà come autore del furto dell' orologio e come correo del furto del libro, e Cajo viceversa; perchè non vi fu comunione nel fine.

§. 2064.

In proposito del valore deve pure rammentarsi che quando trattisi di *furto continuato* la quantità politica in ragione del valore si determina in questo delitto (così considerato per la continuazione come lo svolgimento in varii tempi di una sola azione criminosa) non sul prezzo delle singole sottrazioni, ma sul prezzo complessivo di tutte le cose sottratte. Non bisogna però dimenticare che la continuazione è introdotta dalla scuola, e adottata dalla legge pel fine di *minorare la imputazione;* poichè s' imputano i più fatti come un solo delitto anzichè imputarli e quindi punirli come altrettanti delitti. Laonde quando la coacervazione dei valori in un caso concreto portasse al resultamento che la pena richiamata dal valore così coacervato fosse maggiore di quello non sarebbe la somma delle pene attribuibili ai singoli fatti considerati come altrettanti delitti, la teorica della continuazione non trova più i termini della sua applicabilità. Se ne falserebbe lo spirito se la si portasse ad un effetto opposto al fine a cui fu diretta. La verità di fatto presenta una serie di delitti a ciascuno dei quali deve rispondere la respettiva pe-

na. Quando tali pene riunite sembrarono eccessive nacque la dottrina della continuazione la quale non è che una *finzione giuridica;* ma se una finzione può prevalere alla verità *ab favorem* è assurdo che prevalga *in odium.* E ciò molto più quando la coacervazione dei valori portasse ad elevare la pena anche nella sua *specie,* e ad elevare la competenza provocando il passaggio (per esempio) dal carcere alla casa di forza. Vuole in questi casi giustizia che s' irroghi la pena dovuta a ciascuno dei piccoli furti isolatamente considerati. Così fu giudicato (e parmi con molta aderenza ai principii) dalla Corte di Cassazione di Firenze il 21 settembre 1859, dirimendo un conflitto di giurisdizione tra la Camera delle accuse che aveva accolto questa teoria e il tribunale di Prima Istanza che l' aveva rejetta.

§. 2065.

Questa dottrina trova opposizione nello insegnamento dei pratici (1) i quali procedevano col metodo della *cumulazione* dei valori per dichiarare magno il furto. Ed ha trovato vivissima opposizione per parte di giureconsulti alemanni, fra i quali il dottissimo Giulio Glaser. Ma bisogna intenderci. Quando si contempla la questione in faccia a legislazioni che guardino la iterazione del furto come circostanza aggravante di per sè sola indipendentemente dalla recidiva, la nostra opinione non è accettabile perchè converte una aggravante in una diminuente, o per meglio dire si urta nel conflitto fra le due cause di aggravio. Infatti se si sciolgono i furti nella somma ad evitare il furto magno, non possono tenersi uniti per escludere la iterazione; e

se si tengono uniti per evitare la iterazione non possono sciogliersi per evitare lo aggravamento del valore. Il giudice in tale situazione si trova costretto a dichiarare nella medesima sentenza che i più furti sono uno solo per non dare l'aggravio della iterazione, e che i più furti sono più per non dare l'aggravio della somma eccedente. Questo è assurdo, ed in tale situazione è vera la dottrina del Glaser. Ma quando la legge penale non ha dettato alcuna speciale sanzione contro la iterazione del furto (e così ha fatto il codice Toscano, nè qui giova cercare se bene o male) la posizione del giudice è tutta diversa. Egli dovrebbe per regola applicare a ciascuno dei più furti la relativa pena secondo il respettivo importo, niente aggravandola perchè siano parecchi. Ma a cotesto cumulo di molteplici pene la legge gli dà facoltà di apporre una limitazione, e di fingere a benefizio del giudicabile che tutti quei diversi furti non siano giuridicamente che un furto solo perchè conseguenza di una sola proeresi. Ora sarebbe repugnante che di tale facoltà concessagli dalla legge e di tale finzione si valesse ad uno scopo opposto a quello per cui la legge l'ammette. E ad uno scopo opposto se ne varrebbe il giudice quando (a modo di esempio) invece d'infliggere un anno di carcere per un primo furto di novanta lire, ed un altro anno di carcere per un secondo furto di ottanta lire, fingesse che i due furti fossero uno solo, onde portarlo al valore di cento settanta lire, e così infliggere tre anni di casa di forza. Non è dunque vero che la dottrina dei giureconsulti alemanni contradica la opinione prevalsa tra noi. La nostra opinione è la vera in faccia ai codici che

non trovino un' aggravante speciale nella iterazione: in faccia agli altri codici potrà essere disputabile quando l' aggravante della iterazione porti al reo un effetto di uguale pregiudizio o di pregiudizio maggiore di quello che porti l'aggravante dello eccessivo valore. Ma la nostra opinione sarebbe pur sempre accettabile anche in faccia ad un codice che guardasse la iterazione come aggravante, se per la medesima infliggesse una pena sempre minore di quella che minaccia al furto magno. In tale ipotesi si riprodurrebbero le ragioni che furono determinanti sotto il codice Toscano; e sarebbe assurdo che una finzione introdotta a favore del reo onde sottrarlo alla pena della iterazione si applicasse a danno di lui per condurlo sotto la più grave pena del furto magno.

(1) Harpprecht *decis.* 7, *n.* 48. La Costituzione Teresiana ne aveva fatto un precetto speciale ordinando all' art. 94, §. 10 che si dovessero cumulare i valori anche nel secondo furto.

Articolo II.

Criterii misuratori desunti dalla qualità della cosa.

§. 2066.

Ponemmo come regola al §. 201 che la *violazione di più diritti* è una delle cause di aumento del danno *mediato*, per cui si aumenta la quantità politica di un malefizio anche dove niente se ne accresca la

quantità naturale: ma questa regola procede quando appunto i più diritti violati non rappresentando un incremento di danno *immediato* è forza riportarne la virtù aggravatrice alle funzioni politiche del danno mediato. Dove i più diritti violati traggano seco loro un reale aumento di danno diretto, l'aumento del danno mediato è consequenziale allo aumento dello immediato, e così la circostanza deve essere in sede primaria contemplata fra quelle che aumentano la quantità naturale. Perciò trattando dell'omicidio, la violazione di più diritti che incontrasi nel la uccisione di più persone fu da noi (§. 1237 e segg.) riferita agli incrementi della quantità naturale, perchè realmente è maggiore il danno immediato; laddove la qualità di padre nell' ucciso non presentando incremento nel danno immediato perchè sempre si ha una sola vita umana troncata, doveva bene referirsi (§. 1138) ai criterii della quantità politica del delitto, perchè la violazione dei più diritti (o respettivamente dei più doveri) non faceva altro giuoco sulla bilancia penale tranne quello di aumentare la diffondibilità del danno mediato. Coerentemente a cotesto metodo noi nelle relazioni personali fra ladro e proprietario troveremo una ragione di aumento puramente politica, perchè l' ulteriore dovere o diritto violato (a modo di esempio la fiducia domestica) non accresce la forza fisica oggettiva del malefizio, ma ne accresce soltanto la forza morale nella sua oggettività, dando incremento al timore della ripetizione. E per lo stesso metodo quando noi ci facciamo a guardare lo influsso di certe *qualità* della cosa sulla gravità del furto noi veniamo a trovare che veramente per le medesime cresce il danno

immediato quando la cosa rubata stava non solo a rappresentare il diritto di proprietà, ma ancora altri interessi ed altri diritti che sono stati lesi *direttamente* col furto, senza bisogno di portare il pensiero sulla sua possibile ripetizione. Laonde le aggravanti che risultano da certe qualità della cosa dovevano bene portarsi fra i criterii misuratori della quantità naturale del furto.

§. 2067.

Questo fenomeno principalmente s'incontra in tre contingenze tutte relative alla condizione speciale della cosa tolta: e sono — 1.° la *cosa sacra*, rubando la quale oltre il diritto di proprietà si offende il sentimento religioso dei fedeli — 2.° il *bestiame*, rubando il quale si ledono gl' interessi dell' agricoltura — 3.° la *cosa pubblica*, rubando la quale si reca un danno ad un numero indeterminato di cittadini che debbono o subire quella perdita, o ripararvi col sopportare le imposte. Questi sono pertanto i tre titoli ai quali ci richiama il presente articolo.

TITOLO I.

Cosa sacra — *Furto* sacrilego.

§. 2068.

Molti istitutisti riferirono la aggravante del sacrilegio che accompagni il furto alle circostanze di *luogo*, e non vi ha dubbio che il luogo esercita grande influsso su questa qualifica perchè non sorge il ti-

tolo di *furto sacrilego proprio* se la cosa *sacra* non è sottratta da *luogo sacro*. Ma questo avviene unicamente perchè si nega nel ladro la *scienza* della consacrazione della cosa quando la medesima si trovi in luogo non sacro. Cosicchè il *luogo* non esercita qui altra funzione tranne quella di far nascere una presunzione del dolo speciale richiesto in questa forma di malefizio; ma veramente la *essenza* del furto sacrilego sta nelle condizioni della *cosa*, come fra poco vedremo (1).

(1) La Corte di Cassazione di Torino richiamata a decidere se la questione relativa a stabilire nell' oggetto rubato la qualità di *cosa sacra*, fosse questione di *fatto* o questione di *diritto*, con sentenza del 30 decembre 1865 pronunziò che per regola fosse questione di fatto, ma che poteva divenire questione di diritto quando si fosse impegnata controversia sulla regolarità della consacrazione.

§. 2069.

La profanazione di luogo, o di cosa sacra (nella quale sta la essenza (1) della qualifica) parrebbe dover costituire il titolo principale di *sacrilegio*, lo che porterebbe il reato nella classe dei delitti sociali contro la religione. Ma poichè dei delitti contro la religione è indispensabile estremo la empietà del fine, per cui la più esatta designazione della essenza loro si trova nella denominazione di *reati d' intolleranza religiosa*, e dall' altro lato in colui che profanò la cosa sacra per derubarla non ricorre il fine della empietà, ma del lucro; non corre l' applicazione della regola che il *mezzo* superi il *fine*. Laonde il

ladro di *cosa sacra* od in *luogo sacro,* non si tiene responsabile di *sacrilegio,* ma di *furto sacrilego;* e la offesa alla religione non rappresentando che una accidentalità nella proeresi criminosa, il reato rimane nella sua classe naturale.

(1) Il concetto di questa qualifica non è già quello di proteggere il patrimonio ecclesiastico; nè trovo legislazione che abbia guardato la cosa sotto questo punto di vista. I legislatori si contentarono di proteggere le sostanze della chiesa col proibirne le alienazioni, col dichiararne la imprescrittibilità, e simili, ma non si creò una qualifica speciale contro i fatti delittuosi che offednessero la cosa ecclesiastica, come si fece per quei fatti che offendessero la cosa pubblica. Il concetto della presente qualifica fu quello di proteggere la religione non nei mezzi pecuniarii per cui si alimenta il culto, ma nella venerazione dovuta a certi oggetti. Perciò il furto delle *elemosine* non si ebbe come sacrilego: Harpprecht *decis.* 3, *n.* 18 — Wernher *observationum tom.* 2, *pars* 9, *observ.* 43, *pag.* 490. La costituzione Bambergense e la Brandeburgense espressamente disponevano che il furto delle elemosine fosse per questo lato semplice quando erano custodite in luogo profano. Ma Carlo V all' art. 173 della sua costituzione criminale si espresse per guisa da lasciar balìa ai giudici di dichiarare sacrilego il furto delle elemosine anche commesso in luogo profano: Vredemburg *de sacrilegio pag.* 44 — *Responsa Tubingensia vol.* 9, *consil.* 22. Che il furto delle elemosine non fosse qualificato come sacrilego fu giudicato in faccia al codice Parmense dal Supremo Tribunale di revisione di Parma il 19 maggio 1828, quantunque la cassetta fosse in luogo sacro; e di nuovo il 20 ottobre 1828: Melegari *Decisioni del Supremo Tribunale vol.* 3, *pagina* 260; *e pag.* 346. Per la giurisprudenza ebraica si permetteva a chiunque del popolo avesse sorpreso in flagranza un ladro sacrilego di metterlo a morte. Queste esecuzioni

sommarie (osservava benissimo il Thonissen *la peine de mort dans le Talmud pag.* 64) si permettevano dalle leggi ebraiche ovunque il delitto attaccava la religione d' Isdraele, perchè la religione si considerava come una istituzione politica tendente al fine di mantenere la perpetua segregazione del popolo eletto da tutte le altre genti: laonde colui che trovavasi in atto di offendere la religione si guardava come un ribelle che si fosse posto in guerra contro la Nazione.

§. 2070.

Disputarono i Dottori (1) se dovesse dirsi furto sacrilego la sottrazione di cosa consacrata che si eseguisse in luogo non sacro; o quella di cosa non consacrata, che si eseguisse da luogo sacro. E la disputa si conciliò con la distinzione tra furto sacrilego *proprio* e furto sacrilego *improprio*.

(1) Bonifacio *Institutiones criminales lib.* 2, *tit.* 7, *pag.* 97, *n.* 7 — Vredenburch *dissert. de sacrilegio* §. 2 — Catalano *tractatus criminalis pag.* 275 — Groenewegen *leg. abrog. ad* §. 9 *Instit. de public. judiciis, n.* 9 *et* 10 — Van Leuwen *censura forensis lib.* 5, *cap.* 5, *n.* 1 — Bocero *disputationes vol.* 1, *clas.* 4, *disput.* 16, *n.* 53. Si è disputato se alla vera e propria consacrazione dovesse tenersi equivalente la semplice *benedizione*, e generalmente ha prevalso la negativa; e questa sembra fosse sanzionata dall' art. 174 della Nemesi Carolina: vedi Boehmero *meditat. in art.* 174 *C. C. C.* §. 1 — Kress *notae ad art.* 174 *C. C. C.* §. 1, *nota* 3. Si incontrano per altro degli statuti locali che hanno allargato la nozione del furto sacrilego estendendolo ancora alle cose *dedicate* al culto, nei quali termini la qualifica comprenderebbe eziandio i ceri, i candelabri, i paramenti, i voti, ed altro simile. Ma in generale la idea costitutiva del vero e proprio sacrilegio si

trova nel considerare certe cose come *nel dominio di Dio ;* e per tali si hanno le cose consacrate, mentre le cose benedette o dedicate al culto rimangono sempre nel dominio umano; e perciò negli atti fatti contro di loro non si incontra la lesa maestà divina. Fra gli statuti locali che allargano la nozione del furto sacrilego, estendendola purchè avvenga in luogo sacro anche alle cose non *benedette* ma soltanto *destinate al servizio del culto*, può ricordarsi la legge che governò fino al 1848 il già Ducato di Lucca. Sotto questa legge mi avvenne un caso pratico assai specioso. Erasi rubato dal coro di una chiesa un libro di devozione spettante ad uno dei frati che uffiziavano la Chiesa di S. Agostino. Quel frate aveva deposto essere il libro a lui appartenente, e tenerlo là perchè ogni mattina se ne valeva per recitare certe sue devozioni prima di celebrare la Santa Messa. L'accusa sosteneva il furto sacrilego nel senso della patria legge, adducendo che servendo quel libro al sacerdote per esercitare un atto di culto doveva il libro stesso ritenersi come destinato al servizio del culto. Chiamato alla difesa di quel disgraziato, al quale sovrastavano dieci anni di reclusione e la gogna per un furto di settantacinque centesimi, io sosteneva che quel libro non era *destinato al servizio del culto* perchè non richiesto dal rituale alla regolarità del sacro ufficio: che era invece *al servizio del frate* il quale se avésse appreso a memoria quelle devozioni poteva bene fare a meno del libro. La Rota Criminale non accolse le mie deduzioni, e condannò per furto sacrilego. Ricorsi al Supremo Tribunale, e questo con decreto del 4 marzo 1846 cassò il giudicato. Ma la successiva decisione di merito del 20 marzo 1846 tornò a ritenere la qualifica: e dovetti chinare la fronte senza essere persuaso. La grazia Sovrana procacciata per l'opera caritatevole dello stesso Presidente F o r n a c i a r i (e dico questo ad'elogio di qnel bravo Magistrato) che aveva proferito la condanna, riparò alla rigidità della interpetrazione.

§. 2071.

Perchè si abbia il furto sacrilego *proprio* è necessario che concorrano certe condizioni nel *luogo* e certe condizioni nella *cosa* sottratta. In quanto alla *cosa* si esige la *verità;* in quanto al *luogo* basta la *presunzione* — 1.° nella *cosa* vi vuole la *verità*. Non basta cioè che la *cosa* rubata fosse destinata ad essere consacrata, o dedicata al culto divino, o che nella opinione pubblica si credesse per errore che ella fosse consacrata. È necessario che veramente lo sia secondo i riti della religione cattolica (1) — 2.° in ordine al *luogo* basta la *presunzione*. Non può tenersi come vero furto sacrilego il furto anche di cosa realmente consacrata esistente in luogo privato; perchè il sottrattore vedendo quell' oggetto in codesto luogo potè ben credere che quell' oggetto non fosse ancora consacrato: e così mancare in lui la *scienza* della circostanza aggravante che vuolsigli apporre. Tale essendo la ragione per cui si esige al furto sacrilego *proprio* la condizione del *luogo*, e non essendo intrinsecamente necessario al sacrilegio che il luogo sia sacro quando è profanata la cosa sacra; si comprende la ragione per cui in ordine al luogo la *presunzione* fa le veci di *verità*. Ciò vuol dire che la presenza di quell' oggetto in un luogo che è solito consacrarsi basta a presumere nel ladro la *scienza* della qualità di consacrata nella cosa che ruba. Per questi motivi il codice penale Toscano attuando l' ultima formula della dottrina (art. 387) non esige per il furto sacrilego proprio che si produca l' atto dimostrativo della con-

sacrazione effettiva della chiesa. Basta che il furto sia commesso in una *chiesa pubblica:* basta che sia commesso in una sagrestia: basta che sia commesso anche in una *chiesa privata,* purchè se ne usi con libero accesso al pubblico. Ma il furto di cosa anche veramente consacrata non è vero furto sacrilego se è commesso in luogo profano, od anche in un oratorio privato il quale non porta la presunzione di essere consacrato.

(1) La questione relativa a decidere se possa aversi furto sacrilego sotto religioni diverse dalla cattolica la tratta Vredenburch *diss. de sacrilegio pag.* 72 — Boehmero *jus ecclesiasticum protestantium, tom.* 3, *pag.* 1014; *et tom.* 5, *pag.* 214. Ma bene fu avvertito che nelle religioni riformate la nozione del furto sacrilego era divenuta di poca influenza: Kress *in C. C. C. ad art.* 174, §. 2, *n.* 3 — Leyser *meditationes spec.* 620 — Meister *principia juris crim.* §. 380.

§. 2072.

Dicesi furto sacrilego *improprio* quello caduto su *cosa sacra* sottratta da luogo non sacro, o su cosa non sacra sottratta da *luogo sacro.* Il codice penale Toscano dichiara qualificato il furto sacrilego *proprio,* e soltanto *aggravato* il furto sacrilego *improprio* (art. 377, let. c): il che nel linguaggio di questo codice equivale a dire che la qualità aggravante è operativa di più severi effetti nel primo caso che nel secondo. Il codice Sardo (art. 611) riproduce la nozione del furto sacrilego *proprio* espressamente dichiarando che la qualifica nasce dalla *qualità delle cose;* lo che è coerente al modo di vedere da me

espresso testè. Non trovo poi che contempli in modo alcuno il furto sacrilego *improprio*. E a vero dire quando si ammette che il sottrattore di cosa sacra da luogo non sacro non debba tenersi responsabile di furto sacrilego perchè si presume che egli ignorasse la condizione di consacrata in quella cosa, non sembra rimanervi sufficiente ragione per cui debba aggravarsi la pena. La consacrazione della cosa rapita messa fuori una volta dalla proeresi del delinquente diviene una accidentalità, e non rappresenta un aumento di danno. Per quel ladro il calice in casa privata non offriva che una forma data all' argento col quale agognava arricchirsi. E sarebbe esorbitante obiettargli come ragione di aggravio il sospetto od il dubbio che in lui poteva essere eccitato da quella forma.

§. 2073.

La penalità del furto in ragione di questa qualifica fu portata alla massima esagerazione dagli antichi popoli pagani: vedasi Saint Edme *Dictionnaire de la penalité, mot sacrilège*. Basti ricordare che l' Areopago non esitò a condannare a morte un fanciullo di sette anni per avere involato una fronda d'oro al serto di Diana. La esagerazione del sentimento religioso condusse a codesti eccessi che salirono al colmo quando i mortali si credettero in dovere di vendicare la offesa divinità. Oltre a ciò v' influì l' altra idea che la divinità corrucciata sfogasse il suo sdegno sopra a quel popolo che non le avesse immolato il sacrilego profanatore. E questa idea non fu accettata soltanto sotto le false re-

ligioni. Anche Giustiniano la riprodusse nella *Novella 77, cap. 1*, §. *1*, dove dichiarò che le grandini, le pesti, e tutti i flagelli avrebbero colpito la città se a tremenda punizione non si fosse sottoposto il sacrilego. Questo ordine d'idee usciva (come ognuno comprende) dal campo della ragione penale e non ammetteva limite alcuno; ed allora uccidevasi il ladro con lo stesso ragionamento col quale immolavasi Ifigenia. Ricondotto il giure penale sul terreno del sensibile (1) coteste esagerazioni dovevano a poco a poco scomparire; e generalmente scomparvero dai buoni codici contemporanei.

(1) Quando nella misura delle penalità influiva nel mondo cattolico la considerazione del peccato potè forse influire sul castigo del ladro sacrilego la diversa religione da lui professata. Oggi io non credo che la condizione eterodossa del ladro possa influire nè sulla sua imputabilità nè sulla quantità del malefizio che sempre si guarda nel puro aspetto obiettivo. Tutto al più in quella eventualità potrà ammettersi una degradante.

Titolo II.

Bestiame — Abigeato

§. 2074.

La prestanza di certi animali ai bisogni della umana vita, sia come fattori di produzione sia come istrumenti di lavoro, si ebbe cotanto in pregio che alcune genti primitive giunsero persino a considerarli come cose sacre ed a porgere loro un culto religioso (1). Ma anche dove le cose non furono

spinte a tali esagerazioni la idea di proteggere con sanzioni speciali dalla umana malizia alcuni animali fu quasi universalmente accolta. Da ciò nacque che molte legislazioni minacciassero severissime pene contro il furto di quegli animali che per le costumanze loro si ravvisavano come più particolarmente utili, ed a questo furto si desse per la sua odiosità un nome distinto. Di qui il titolo di *abigeato* (2).

(1) Singolare è l' argomento sul quale ragionano l' aggravamento dell' abigeato certi popoli barbari. Narra Tissot (*droit pénal vol.* 2, *pag.* 85) che i negri della Guinea puniscono di morte il furto di una bestia come il furto di un fanciullo, perchè (dicono essi) la creatura essendo muta non può chiamare al soccorso. In alcuni statuti penali non solo si mantenne la pena di morte contro l' abigeato, ma si estese questo titolo anche al furto dell' aratro ed altri strumenti rusticali: Trotz *jus agrarium romanum vol.* 3, *pag.* 217: *et jus agrarium foederati Belgii vol.* 2, *pag.* 77.

(2) Abigeato da *ab* ed *agere*, mandare innanzi, spingere via, fu parola descrittiva della forma materiale con cui si consuma il furto degli animali che non si prendono in collo per asportarli; come da *ab* e *ducere*, cioè condursi dietro da un luogo all' altro si trasse la parola *abduzione* descrittiva della forma con cui si guida un uomo da luogo a luogo. Laonde io dubito che guardata addentro la cosa la origine del nome speciale dato a questa forma di malefizio, debba piuttosto trovarsi nella sottile aderenza che ebbero i romani alla esattezza del linguaggio; per la quale trovata la essenza del furto nella *contrettazione*, e non ravvisando contrettazione nella sottrazione di certi animali, ne avvenne che reso inapplicabile a quelli il nome di furto dovesse idearsi un nome diverso.

§. 2075.

Non però tutti gli animali offrirono interesse sufficiente da elevare a titolo di *abigeato* la sottrazione che di loro si facesse. I soli quadrupedi (1) e fra questi quelli che servivano alla agricoltura, alle lavorazioni, o alla pastorizia si ebbero come soggetto passivo di abigeato. Ed anzi fra i quadrupedi sono soggetto passivo di abigeato quelli soltanto che *gregatim pascuntur*, e secondo la formula di altri quelli soli le cui carni si mangiano. Fra questi poi si introdusse una certa distinzione di dignità per cui alcuni si tennero come *maggiori*, altri come *mezzani*, altri come *infimi*, e si stabilì che a costruire *abigeato* (2) bastasse dei primi (buoi, cavalli e cammelli) averne involato un solo capo: dei secondi (muli, asini e maiali) occorresse averne involati due o tre o quattro respettivamente: dei terzi (pecore e capre) occorresse averne sottratti dieci: vedasi Carmignani *Elementa* §. *1126* (3). In questo primitivo concetto la specialità del titolo e della punizione trovò veramente tutta la sua ragione di essere nel solo riguardo alla *cosa*, ed in tale punto di vista rimasero fino ai dì nostri in diversi paesi severissime leggi (dettate per mantenere le razze) contro i furti di cavalli.

(1) Che il furto di animali bipedi non costituisca abigeato lo decise la Cassazione di Firenze col giudicato dell' 11 febbraio 1854, conformemente alla dottrina comune: Thomasio. *dissert. de abigeis* §. 39 — Carmignani *elementa* §. 1127 — Giuliani *istituzioni di diritto crim. vol.* 2,

pag. 514. Pare però che qualche pratico estendesse il titolo di abigeato anche agli animali pennuti: Muta *decis.* 40, *n.* 42, *fol.* 219. Il codice Parmense usava la frase *bestiame grosso e minuto:* malgrado ciò fu deciso che i polli non cadevano sotto la qualifica: Melegari *decisioni del Supremo Tribunale di revisione vol.* 3, *pag.* 257. Ed in Toscana quantunque si volesse usare uno speciale favore ai colombi stimossi opportuno proteggerli con leggi apposite che crearono il titolo di colombicidio, piuttostochè falsare la nozione dell' abigeato: Codice Leopoldino art. 92. In Francia esistono regolamenti speciali che conciliano lo interesse dell' agricoltura con la protezione della industria determinando i tempi nei quali è libero il vagare dei colombi e reo di furto chi li piglia; ed i tempi nei quali dovendo tenersi chiusi ne è permessa la uccisione ed anche la apprensione: vedasi Morin *art.* 8694: e in quanto alla Germania vedasi Brendel *de jure columbarum cap.* 3, *thes.* 4.

(2) Loches *dissert. de abigeis* — Van der Meulen *de abigeatu* — Harpprecht *dissert. vol.* 2, *dissert.* 67, *de crimine abigeatus* — Loens *de abigeis* — Thomasio *dissert. vol.* 1, *dissert.* 13, *de abigeatu* — Hulsken *dissert. de delictis agrariis pag.* 46 *et* 97 — Metman *de delictis agrariis pag.* 9 *et* 57 — Langleo *semestrium lib.* 8, *cap.* 1 — Muta *decisiones Siculae decis* 40 — Dolfio *allegationes tom.* 1, *alleg.* 1 — Lauterbach *dissert.* 62, *thes.* 56 — Puttmann *adversarior. vol.* 2, *cap.* 27, *pag.* 190 — Eckold *tractat. compend. pandectarum, pag.* 1276-77 — Giuliani *istituzioni di diritto criminale vol.* 2, *pag.* 512.

(3) *Leg.* 3, *in princ. ff. de abigeis* — Poggi *elementa lib.* 4, *cap.* 5, §. 44 — Langleo *semestrium lib.* 8, *cap.* 1 — Paoletti *lib.* 4, *tit.* 1, §. 6. Molti dottori però più esattamente dividono allo scopo presente gli animali in *maggiori* e *minori* soltanto, perchè veramente la classe dei minori o non ammette divisione se il carattere se ne cerca nel richiedersi più di un animale, o richiamerebbe più suddivisioni

per la varietà del numero necessario all'abigeato. La distinzione ha radice in questo; che di alcuni animali basta uno solo, mentre degli altri a costituire abigeato occorre siasi sottratto un *gregge:* e la successiva varietà discende dal definire qual numero si voglia a costituire un *gregge* (Metman *de delictis agrariis pag.* 16 — Thomasio *de abigeis* §. 64) sul che gli eruditi andarono in grandi dispute. Quello che abbiamo di certo si è che per salire alla pena dell'abigeato i romani onde formare gregge sommavano i più animali che alcuno avesse rubato anche in tempi e luoghi differenti e a danno di diversi: *l.* 3, §. 2, *ff. de abigeis.* Il Costalio (*adversaria in pandect. pars* 1, *lib.* 2, *pag.* 70) osserva che ciò era giustissimo per il *favore della pena.* Così ragionavasi un tempo!!

§. 2076.

Ma nel procedere dei tempi, mentre da un lato si videro gradatamente raddolcire le truci penalità inflitte contro gli abigei, dall'altro lato si venne modificando ancora la nozione di questo reato; e variò il punto di vista del relativo aggravamento. Infatti al pensiero dell'assoluta e indistinta protezione del quadrupede sottentrò il diverso riguardo che credette doversi avere alle necessità del padrone che in certe occasioni per la natura stessa dell'animale, o per alcuni usi suoi, è costretto a lasciarlo vagare all'aperto, o tenerlo in luoghi remoti, e da lui non custoditi (1) dal che nasce il bisogno che la difesa pubblica si mostri più energica dove appunto la difesa privata è meno potente. Per siffatto spostamento del cardine della presente qualifica ne sarebbe avvenuto che nella medesima non si sarebbe più dovuto trovare un aumento di quantità

naturale ma solo un aumento di quantità *politica;* e la qualifica stessa non si sarebbe dovuta noverare fra quelle desunte dalla *qualità* della cosa, ma dal *luogo* del commesso furto. E così avremmo fatto ancor noi se quel processo di tramutamento si fosse universalmente accolto da tutti i criminalisti, e da tutti i codici contemporanei. Ma poichè in ciò s' incontra una divergenza; e se pare prevalga la idea di desumere la qualifica presente dalla ragione del *luogo,* non manca però chi perseveri a desumerla da un riguardo alla *cosa,* dovevamo bene riferire questa circostanza alla sede presente dove è incriticabile il suo collocamento appo quelle legislazioni che desumono la qualifica dalla cosa; avvertendo che in faccia ad altre legislazioni la sua vera sede dovrebbe trovarsi fra le qualifiche desunte dal luogo.

(1) Sembra certo che anche nella primitiva nozione romana dell' abigeato entrasse la contemplazione del luogo, esigendosi che l' animale fosse sottratto dal pascolo *leg.* 3, §. 1, *ff. de abigeis.* Gl' interpetri hanno peraltro elevato disputa se fosse abigeato la sottrazione dell' animale dalla stalla, e la controversia risale alla definizione del principio dell' aggravante: opinandosi da alcuni che il rigore romano contro gli abigei derivasse dalla loro frequenza, lo che eliminerebbe ogni riguardo di luogo; e da altri invece che debba desumersi dalla necessità di abbandonare gli animali alla pubblica fede; il che non ricorre quando l' animale è nella stalla: Boehmero *ad Carpzovium quaest.* 86, *obser.* 2 — Metman *de delictis agrariis pag.* 17 — Langlaeo *semestrium lib.* 8, *cap.* 1, *pag.* 495. Qui s' impegnò controversia sulla più vera lezione del frammento di Callistrato alla *l.* 3, §. 2, *ff. de abigeis.* Cujacio (*observationum* 6, *n.* 8) e Godofredo, ed una lunga mano di culti dopo di

loro, vollero che in quel frammento in cambio di *plenius* dovesse leggersi *lenius*. E così si sarebbe confortata la opinione che il furto nelle stalle non fosse abigeato ed incontrasse pena minore. Ma più modernamente Puttmann (*adversariorum lib.* 2, *cap.* 27, *pag.* 194) tornò a sostenere l'antica lezione di *plenius*, spiegando il frammento nel senso che nel furto commesso in una stalla rimanesse sempre il carattere di abigeato; ma questo titolo si assorbisse e perdesse la sua influenza, perchè il furto nelle stalle supponendosi commesso con effrazione incontrava una qualifica maggiore che rendeva superflua quella dell' abigeato. Ciò che può affermarsi si è che nella maggior parte degli antichi statuti non fu il principio dell' abbandono alla pubblica fede, ma la protezione degli animali e la frequenza del delitto che specializzò l' abigeato: Metman *loco citato pag.* 58.

§. 2077.

Così indubitatamente il codice Toscano (art. 377, let. *f)* mentre irroga contro questo reato la pena del carcere con aggravamento (subordinatamente però (1) al criterio del valore del tolto) contempla la qualifica sotto il punto di vista del *luogo:* lo che porta a demolire quasi del tutto la nozione speciale dell' abigeato. Esso lo dice apertamente: ed in coerenza di ciò dispone che lo aggravamento minacciato contro il furto di bestiame non incorrasi tranne quando il medesimo fosse sottratto dal *pascolo, o altrimenti dall' aperta campagna, o mentre era guidato da luogo a luogo* (2).

(1) Nel giudicare il valore del tolto in tema di furto di bestiame quando l' animale sottratto sia femmina ed incinta deve aversi riguardo a questa circostanza. Non deve però

sommarsi col valore della vacca il valore del parto, perchè sebbene il ladro non faccia suoi i parti del bestiame involato (Van der Kessel *de usucapione partus et foetus rei furtivae: in* Oelrichs *Thes. vetus, vol.* 1, *tom.* 2, *dissert.* 15) il valore del parto edito esubera di troppo al di più che può valere una vacca per essere incinta.

(2) Vedasi Puccioni *Commentario* all'*art.* 377, *let. f* del codice penale Toscano; ove nota che il codice del 1853 ha corretto l' antico nostro giure penale che nel furto di bestiame prescindeva da ogni considerazione di luogo.

§. 2078.

Ma la infelicissima redazione dell' art. 609 del codice Sardo ha dato luogo a gravissime fluttuanze giurisprudenziali. Esso dispone, che sia qualificato e punito con la reclusione il *furto di cavalli, buoi, bestie da soma da tiro o da cavalcare, bestiame grosso o minuto, commesso in aperta campagna o nelle stalle;* soggiungendo che se il valore del bestiame rubato ecceda le lire cinquecento il furto degeneri in abigeato, e si punisca con reclusione non minore di sette anni. La questione si elevò sul punto di sapere se il furto di bestiame *nelle stalle* fosse qualificato soltanto quando la *stalla* trovavasi all' aperta campagna, od anche quando trovavasi entro città o castelli, o congiunta alla casa del proprietario. La prima opinione (che piacque alla Corte di Cassazione di Palermo nei due giudicati del 1.° ottobre 1864 e 23 gennaio 1865) è più filosofica perchè trova il cardine della qualifica nel riguardo allo *abbandono necessario* del bestiame alla pubblica fede e nella impotneza della privata difesa: essa inoltre trova radice nella stessa lettera dell' ar-

ticolo 609 dove apertamente si esordisce col dire che questa qualifica è *desunta dal luogo;* la quale dichiarazione del legislatore viene a cancellarsi quando la qualifica si estende (a modo di esempio) ad un furto di cavalli commesso in una stalla adiacente ad un palazzo signorile in popolosa città. Altre Corti (come la Cassazione di Milano 21 aprile 1865, e Cassazione di Torino 10 febbraio 1866) insistettero tenacemente sulla disgiuntiva *o* che precede nell' articolo del codice Sardo la indicazione delle capanne; e dichiararono qualificato il furto sebbene commesso nelle stalle di città. Così si videro nel nostro Regno identici fatti sottoposti a penalità immensamente diverse; e sempre all'ombra dello stesso articolo di legge, e sempre a nome della giustizia (1).

(1) I romani condannavano gli abigei secondo la qualità delle persone ora *ad metallum*, ora *ad bestias*, ora *ad opus publicum*, ora *ad gladium: l.* 1, *ff. de abigeis*, dove gl' interpreti osservano che la pena *ad gladium* essendo posta nel rescritto di Adriano come più mite della pena *ad metallum* bisogna concluderne che con quella s' intendesse la condanna ad essere iscritti fra i gladiatori, donde la regola *aliud esse gladio puniri, aliud esse* AD GLADIUM *damnari:* Faber *semestr. lib.* 2, *cap.* 11, *pag.* 359 — Scultingio *in notis ad collaet. leg. mosaic. et roman. pag.* 773 — Thomasius *dissert. de abigeatu* §. 79 *et seqq.* Quanto alle pene sancite contro l' abigeato nei vari codici dell' antica Germania, vedasi Boehmero *electa juris civilis vol.* 3, *exercitatio* 21, *de abigeatu et furto equorum* §. 64. Per alcuni costumi dell' antica Francia gli abigei erano puniti di morte: Vouglans *loix criminelles lib.* 3, *tit.* 6, *art.* 3, §. 3; come lo erano nell' antica Olanda e Zelandia; Metman *de delictis agrariis pag.* 61. È singolare che Teo-

dosio *(l. 8, §. 2, C. de repudiis)* ne aveva fatto una causa speciale di divorzio; lo che fu confermato da Giustiniano *(Novella 22, cap. 25,)* pensando che il timore di perdere i lucri dotali allontanasse i mariti dal rapire gli animali. Le leggi barbariche irrogarono anche per questo reato la multa, ma è da notarsi la cura speciale che dimostra la legge Salica per gli animali neri: Eccard *leges francorum pag. 13 et seqq.* La Carolina non aveva speciali provvisioni contro l'abigeato lasciandolo sotto le regole ordinarie del furto; cosicchè il furto di un cavallo non era punito di morte tranne per causa dello eccedente valore o della iterazione o del modo pericoloso: Boehmero *ubi supra* §. 57, *pag.* 305.

Titolo III.

Cose pubbliche, *o di* pubblico interesse

§. 2079.

Indipendentemente da ogni riguardo alle persone, al modo, al tempo, o al luogo del furto, o ad ogni altra circostanza che ne modifichi soltanto la forza morale oggettiva, il medesimo può divenire più grave in ragione della *cosa,* quando la mano rapace siasi portata sopra oggetti appartenenti ad un indefinito numero di persone, o destinate ad universale servigio della consociazione, o sulle quali e sul rispetto alle medesime abbiano per ispeciali ragioni un interesse comune tutti i consociati. In tali ipotesi non solo aumenta il danno mediato per la maggiore diffondibilità dello allarme, ma propriamente si accresce il danno immediato perchè viene a colpire un troppo maggior numero di persone. Questa circostanza può dipendere o dall' indole di

pubblica nella cosa involata, o da uno speciale interesse che tutti hanno alla sua conservazione.

§. 2080.

Sotto il primo punto di vista si aggrava il furto caduto sopra il *pubblico denaro;* e sente ognuno che quantunque si dica che chi ruba al governo non ruba a nessuno, più esattamente dovrebbe dirsi che chi ruba al governo ruba a tutti. Ma poichè il furto di denaro pubblico per la sua speciale gravità diede origine al titolo di *peculato,* e questo commettendosi d' ordinario da persone alle quali il denaro pubblico è confidato sviluppa il concetto del tradimento della comune fiducia, e questa idea di fiducia presuppone una società civile; così nel peculato trovasi a ragione un delitto *sociale,* e precisamente uno di quelli che compongono la classe dei reati contro la *pubblica fede,* e che esporremo a suo luogo. Per ora basti accennare che distinguesi fra peculato *proprio* e peculato *improprio:* il primo è quello commesso da chi aveva in *consegna* le cose pubbliche; il secondo è quello che si commette sopra denaro, grasce, od altre simili cose di pubblica pertinenza per opera di persone estranee alla loro amministrazione. In questa seconda ipotesi non potendo il furto trovare ragione di aggravamento per la violata fiducia, resta a lui la pristina indole, ed offre un aumento di quantità soltanto in ragione della cosa rubata.

§. 2081.

Sotto questo primo punto di vista il codice Toscano (art. 377 let. n) prende a considerare il *pe-*

culato improprio; cioè il furto di oggetti o denari pubblici, o di pubbliche amministrazioni (1) commesso da persona che non li aveva in consegna, con scienza però della loro qualità o pertinenza. E sotto il medesimo punto di vista considera parimente come più odioso (art. 377 let. e) il furto caduto sopra gli ornati di ponti o fontane (2) pubbliche, o di pubblici monumenti. Combinando però questo articolo del codice Toscano con l'art. 450 si vede chiaro che al furto caduto sopra tali oggetti altro non si fa se non aggiungere alla penalità del furto la penalità del danno dato (3). Anche il codice Sardo (art. 611) dichiara qualificato il furto commesso da privata persona sopra denari o cose dello stato. E ne aumenta di un grado la pena, prescrivendo che mai non possa essere inferiore ad un anno di carcere; purchè però sia dimostrata nel ladro la *scienza* della qualità della cosa.

(1) La semplice qualità d' *impiegato* presso quella amministrazione è indifferente che ricorra o no nello autore del furto. Quando in ragione dell' uffizio egli non era consegnatario di quella roba si parifica allo estraneo, e si tiene reo di peculato improprio benchè abbia scienza della qualità della cosa: Corte di Cassazione di Firenze 9 febbrajo 1856, relatore Pezzella *Annali di Giurisprudenza Toscana XVIII*, 1, 86.

(2) Le fontane furono in alcuni paesi oggetto di speciale protezione. In Napoli una Prammatica del 20 decembre 1610 puniva di multa i nobili, di tre anni di servigio nelle galere dello stato i plebei pel furto di marmi, bronzi o piombi da pubbliche fontane: Alfeno Vario *pragmaticae regni Neapolitani vol.* 1, *pag.* 242, *col.* 2.

(3) Anche altri codici contemporanei contemplano come ragione di aggravamento nel furto la pubblica pertinenza

della cosa rubata. Così il codice di Vaud all' art. 272 n. 5 prevede il furto commesso a danno di pubbliche biblioteche o di stabilimenti di beneficenza: così il codice di Baden §. 385 n. 4 colloca fra i furti aggravati quello commesso in pubbliche collezioni di arte, di scienza o di mestieri.

§. 2082.

In ragione poi di un pubblico *interesse* possono considerarsi come aggravati i furti caduti sovra certe cose le quali (quantunque di privata spettanza) sviluppano per ragioni locali un generale interesse (a modo di esempio) per causa di un commercio od industria speciale che si eserciti in una data provincia. A questo concetto s' inspirò la legge toscana del 18 giugno 1793 che per proteggere la industria serica cuoprì in certe condizioni le sete di una eccezionale protezione. Così emanarono leggi apposite per proteggere certe razze di cavalli; così altri statuti particolari (1) consimili.

(1) Ricordasi che gli ateniesi punissero di morte il furto dei fichi: Rosino *antiquitatum romanar. lib.* 9, *pag.* 730, *col.* 2 *lit. c.* — Crusio *de indiciis pars* 3, *cap.* 7, *n.* 3. Similmente le leggi barbariche punivano più severamente i *fures molendinarii* (Heringio *de molendinis, quaest.* 37, *de furto molendinario, n.* 15, *et seqq.*) per uno speciale favore agli strumenti servienti all' arte molitoria. Così in Inghilterra uno statuto di Carlo II proteggeva le lane con una sanzione speciale dalla mano dei ladri. Così alcuni codici della marina mercantile proteggono specialmente i cordaggi ed altri attrezzi da bastimento, lo che risale alla ordinanza della marina di Francia del 1681 che all'art. 16 del libro 4 puniva col bando perpetuo e col bollo mediante un ferro caldo rappresentante un àncora chiunque avesse rubato una

corda da bastimento; e questo caso si novera dal codice Toscano (art. 379) espressamente tra i furti qualificati; Puccioni *commento vol.* 5, *pag.* 81. Così i romani provvidero con la *l.* 1, *ff. de tigno juncto* ai *pali* che fossero posti a sostegno delle viti, *ne vinearum cultura turbetur.* Così il codice di Malta (art. 256, n. 5) per la *indole delle cose* furate aggrava il furto se cade sopra reti da pesca. Pochi sono i paesi che non presentino su questo argomento una qualche specialità.

CAPITOLO V.

Criterii misuratori della quantità politica *nel* furto.

§. 2083.

Le modificazioni della *quantità politica* del furto indipendentemente dal variare della sua quantità naturale, procedono sempre come negli altri malefizi da un effetto morale, vale a dire lo incremento dello allarme, e così del danno mediato. E questo effetto morale ha la sua radice o nella violazione per parte del ladro di un maggior numero di doveri, o nel pericolo che certi danni non verificatisi allora possano con facilità prodursi nella ripetizione del fatto, o nella maggiore difficoltà di porsi al coperto da consimili tentativi. Dal che nasce la previsione per parte di ognuno di una più probabile ripetizione del fatto a proprio danno o di una più improbabile riuscita della difesa privata. Ma questo effetto morale non può essere che la conseguenza di certe materiali accidentalità che accompagnano il furto. Laonde la teorica dei criterii misuratori

della quantità politica di questo delitto svolgesi nell' analisi di tali concomitanze, che stanno o nella *persona,* o nel *modo,* o nel *luogo,* o nel *tempo.* Di qui scaturisce spontanea la suddivisione del presente capitolo.

Articolo I.

P e r s o n e.

§. 2084.

Le qualità *personali* del ladro che rendono a tutti più pericoloso il delitto perchè commesso da lui, che nol sarebbe se fosse con identità nelle altre condizioni commesso da altri, sono 1.° la *pluralità* di furti, ossia la *iterazione;* ed è assoluta; 2.° la *pluralità* di persone; ed è o assoluta o relativa 3.° la *pluralità di doveri* violati dal ladro, ossia la *domesticità;* ed è relativa.

T i t o l o I.

I t e r a z i o n e

§. 2085.

La notizia di un furto intimidisce sempre tutti i proprietari: ma quando si viene a conoscere che l' autore di quel furto era persona che già altra volta aveva ad altri rubato, questo timore cresce perchè ognuno riflettendo come costui abbia preso la trista abitudine di rubare, viene a prevedere

quale evento probabilissimo (1) che egli tornerà ad esercitare a danno di altre vittime le sue male arti. Certamente la quantità *naturale* del furto di oggi non si accresce per il furto di ieri: l'effetto è tutto politico: ma questo effetto è certo ed è grave. Effetto consimile si genera in ogni malefizio (e qui sta il vero fondamento politico della aggravante della recidiva) ma con energìa minore che non avvenga nel furto, per la ragione che il furto dai malandrini si piglia a mestiere e come industria abituale della vita, mentre è rarissimo ed eccezionale che la maggior parte degli altri reati si assumano come particolare consuetudine della vita. Questa verità di fatto fu la causa per cui i criminalisti si occuparono della *consuetudo furandi* con specialissima cura, mentre assai meno si occuparono della *consuetudo occidendi, stuprandi,* e simili. Sono pochi i delitti che possono assumersi come elemento abituale del proprio sostentamento da uomini che vogliano viver lieti senza fatica; il lenocinio, la usura, il furto: ed in tutti questi la iterazione ha eccitato considerazioni speciali. Ma il furto sopra tutti, perchè la esperienza in ogni tempo ed appo ogni popolo ha mostrato e mostra come il ladro sia il più incorreggibile di tutti i delinquenti, e la clettomania la più fatale di tutte le malvagie tendenze.

(1) L' Antonio Matteo si scagliò (*de criminibus lib.* 47, *tit.* 1, *cap.* 4, *n.* 8) contro questa presunzione d'*incorreggibilità*, domandando chi era che ne faceva sicuri; e ricordando il dovere cristiano di non mai disperare della correzione del malvagio. Ma nondimeno si perseverò a dire che la *habitudo insanabilis* risultava per presunzione dal

terzo furto. Modernamente però questa teorica si sarebbe quasi distrutta in radice da coloro che non riconoscono la vera *habitudo insanabilis* tranne quando sia degenerata in una positiva clettomania: nella quale ipotesi vorrebbe trovarvisi piuttosto una diminuente che una aggravante. Vedasi Walhberg *dei crimini commessi per abitudine*, e gli autori da lui citati.

§. 2086.

Così avvenne che nel reato di furto la iterazione si assumesse dai legislatori come criterio prominente nella misura della pena fino al punto di spingerla ai più feroci eccessi. Pene miti si dettarono per un primo furto in principal modo se era semplice: più gravi contro il secondo furto (1): ma al terzo furto si corse alle pene supreme, e generalmente per parecchi secoli si giunse a minacciare la morte indipendentemente da ogni altra aggravante, per la sola ragione che colui il quale aveva per tre volte rubato doveva ritenersi che si fosse determinato a vivere di quel tristo mestiere, e non vi fosse altro rimedio che ucciderlo per salvare le proprietà dalle sue mani rapaci. Così nacque la teorica del *terzo furto* che tante e tante pagine occupava negli scritti degli antichi criminalisti (2).

(1) Damhouder (*praxis rerum criminalium cap.* 112, *n.* 30) attesta che il reo di secondo furto dicevasi nella pratica *fur consuetudinarius*, fondandosi sulla regola del diritto romano che due atti consecutivi fanno la consuetudine; e il reo di terzo furto si diceva *fur famosus*, o *notorius*.

(2) La penalità del secondo e terzo furto si regolava in Toscana prima del codice secondo il prescritto dall' art. 19, §§. 1, e 6 della legge del 3 agosto 1795. Nella relativa giu-

risprudenza sono da notarsi le seguenti massime. 1.° Quando alcuno fu condannato per un secondo furto, e poscia viene a scoprirsi un altro furto antecedente non può questo punirsi come terzo furto: *Annali XIV*, 1, 459. — 2.° Si applica la penalità del terzo furto anche quando i due primi risultino da una sola sentenza ed abbiano portato ad una sola pena: *Annali XII*, 1, 327, *e* 507. — 3.° Non si sommano i furti modici specialmente se esenti da qualifiche: *Annali XIV*, 1, 392.

§. 2087.

I legislatori avevano dettato la pena di morte contro il *terzo furto*, ma la umanità spessissimo rifuggiva dallo applicarla, e si sentiva repugnanza ad uccidere un uomo per poche monete. Da ciò nacque una selva di distinzioni e limitazioni senza fine, tutte tendenti ad evadere la pena fatale del *terzo furto*. Si creò (1) la dottrina della *continuazione* per calcolare i tre o quattro furti come un furto solo: e questa fu giustissima (2) idea. Quando parecchi furti (si disse) procedono da una unica risoluzione criminosa voi non potete rimproverare al colpevole una prava *abitudine*, perchè la abitudine è una fase della mente; e quando la determinazione fu unica, è repugnante trovarvi la ripetizione. Vi furono più atti materiali nei quali si suddivise per un' accidentalità tutta esteriore il delitto, ma ideologicamente il delitto fu uno solo. E se tra i più fatti esteriormente distinti vi è unità ideologica, vi deve essere ancora unità giuridica; avvegnachè il fatto non si punisca soltanto in quanto è fatto dannoso ma bensì in quanto procede ancora da una malvagia proeresi. Duplicare la punizione,

o trovare duplicità giuridica in un fatto ideologicamente unico, è patente ingiustizia; perchè con ciò si punisce due volte lo identico elemento interiore, o si calcola come iterato quel proposito che sebbene continuasse e perseverasse per tutto quel tempo che occorse alla esecuzione del divisamento malvagio, pure fu unico nella sua genesi, e rappresenta una sola vittoria delle passioni sulla ragione. E questa teorica della continuazione (che poscia si rendette comune anche ad altri reati) venne sempre più allargandosi nella sua applicazione al furto.

(1) Questa è la vera genesi della teorica della continuazione che risale ai più antichi dottori. Vedasi svolta ed esemplificata dal Cepolla nella ripetizione alla *l.* 1, *C. de servis fugitivis n.* 57 *et seqq.* (fra le raccolte dal Limpio *vol.* 8, *pag.* 8). Non bisogna però dimenticare che la teorica della *continuazione* non è applicabile nei delitti *successivi*, i quali restano sempre unici quantunque protraggasi per un tempo indeterminato la lesione del diritto. Maisonneuve (*exposé de droit pénal pag.* 28) afferma che il furto è un *delitto istantaneo* e non un delitto *successivo*. Prescindendo ora dallo esaminare questa proposizione sotto tutti i suoi rapporti applicativi, certo ci pare che tale nozione possa non essere costante. Suppongasi un furto di gaz o di acqua. La introduzione arbitraria di un condotto derivatore nel tubo che conduce l' acqua od il gaz non costituisce il momento della consumazione o del furto, perchè il colpevole non si è ancora impossessato di alcuna proprietà altrui. Il furto si consuma quando le particelle del gaz o dell' acqua vengono indebitamente nel possesso del colpevole ad arricchirlo. È chiaro che ad ogni minuto una nuova quantità di acqua fluente o di gaz viene a passare per effetto dell' opera mia dal possesso del legittimo proprietario nel possesso mio, lo-

cupletandomi indebitamente. Ad ognuno di questi momenti si concreta dunque la consumazione di un furto che se fosse unico esaurirebbe di per sè gli elementi del reato. Dovrà dunque dirsi che l'autore di codesto fatto sarà responsabile di altrettanti delitti continuati? Io penso che invece dovrà farsi eccezione alla regola che vuole nel furto un delitto istantaneo, per riconoscere in cotesti termini un furto unico successivo. Altra ipotesi simile può trovarsi in colui che fatto un foro nel palco a cui sovrasta un deposito di grano altrui ne ottenga la successiva caduta di granelli nella sua stanza: caso che vidi in pratica.

(2) Qui nacque quella divergenza che nella materia della continuazione si è protratta fino ai nostri giorni. Non parlo della diversità di *luogo* e di *tempo*, circa la quale così appo gli antichi (Harpprecht *decis.* 1, *n.* 42 — Cramer *observationes juris universi vol.* 2, *observat.* 917, §. 1 — Berlichio *practic. conclus.* 570 — Caballo *resolut. crimin. cas.* 99, *n.* 49 — Conciolo *resolut. verbo furtum, resol.* 6, *n.* 8 — Bonifacio *de furtis pag.* 430, *n.* 55) come modernamente ha prevalso la opinione che ciò non valga ad escludere la continuazione: mentre se questa dottrina si limitasse soltanto ai più delitti commessi nel medesimo tempo e nei medesimo luogo la sua applicazione si ridurrebbe a troppo minimi termini. Parlo della *diversità di proprietarii* danneggiati col furto, intorno la quale sembra che taluno perseveri a ritenere che quando anche nel medesimo luogo e tempo si siano rubati diversi oggetti spettanti a diversi padroni si abbiano più furti continuati. Vedasi Mittermaier *dissertaz. sulla differenza fra i delitti continuati e reiterati* (negli *scritti germanici* del Mori *vol.* 2, *pag.* 104). Ripeto qui ciò che dissi altrove (§. 531) cioè che il furto si deve ritenere non *continuato* ma *unico* malgrado la diversità dei padroni. Una questione singolare si presentò or sono pochi anni alla Corte Regia di Lucca: *Annali Toscani XII*, 1, 582. Fu rubato ad un signore Pisano un cavallo mentre stava pascendo al prato:

ne fu fatta denuncia e oiente scoperto; dopo pochi gioroi però ritrovossi il cavallo nel prato dove pasceva tranquillameote. Scorsero pochi mesi, e il cavallo fu dall' istesso luogo ouovameote rubato: il sottrattore ebbe l' audacia di traversar Pisa inforcando quel cavallo; ma il caso vuole che iocontri appunto il padrone; questi riconosce il cavallo; il ladro è arrestato e conviato. Il ladro coofessa noo solo quello che non poteva negare, ma palesa di più che egli stesso era stato colui che sottrasse per la prima volta il cavallo, e che oon avendo trovato smercio lo aveva rimesso oel prato aspettando migliore occasiooe. Di qui la disputa: trattavasi egli di due furti consumati? L' accusa lo pensava, e accordaodo al primo la diminuente della spootaoea restituzione, ed ammettendo la mioorante della continuazione, credeva tutto concedere qoanto per giustizia potevasi a quel malfattore. Io iovece peosava che si trattasse di un furto solo, e che così non vi cadesse contiouaziooe. Se per rubare uo oggetto di difficile trasporto il ladro ha dovuto impiegare più giorni, ed in questa opera ha frapposto uo intervallo di riposo, certameote il furto rimane unico. Ma qui dicevasi che la prima operazione aveva raggiuoto il suo termine coo lo involamento, e non era altrimenti un priocipio di esecuzione del furto coosumato posteriormente, e sotto un certo aspetto dicevasi beoe. Ma io replicava che il furto uoico era il primo e noo il secoodo, ioquantochè il ladro che ormai aveva coosumato il furto del cavallo aveva scelto per luogo di deposito della cosa rubata quello stesso prato, dove egli aspettava a riprenderlo quando avesse trovato il compratore. Supponete (diceva io a chi mi consultava su ciò) che Tizio entrato in uoa camera abbia rubato ad una signora uoo scrigoo di gioje. Meotre via se lo porta viene a peosare che oon ha pronto il compratore, prevede facile il reperimeoto presso di lui: cosa fare? torna indietro e nasconde in uo cespuglio del giardioo di quella signora lo scrigoo rapito: poi dopo qualche giorno trovato l' acquirente toroa a riprenderlo. Come duplicare il furto? Coosumato una

volta con la sottrazione della cosa il furto non può reiterarsi per la accidentalità del nascondimento della cosa in uno od in altro luogo. Ecco qual'era il mio modo di vedere. Quando il ladro torna a prendere la cosa rubata dal luogo dove egli la celò non commette nuovo furto. Il nostro ladro non aveva riportato il cavallo nel prato per restituirlo, ma per tenerlo in serbo.

§. 2088.

Si procedette più oltre e guidati da un mero sentimento s'insegnò che più furti *minimi* dovessero contarsi per un furto solo (1); s'insegnò che non dovessero calcolarsi tra i tre furti quelli commessi nella minore età; ed altri disse che per avere il terzo furto nel senso fatale della legge fosse necessaria una punizione incorsa per uno almeno (2) dei primi furti, e così si scambiò la iterazione con la recidiva. Altri insegnò che ad esaurire tutto il rigore della legge contro il terzo furto facesse mestieri che i tre furti fossero qualificati (3); o che almeno ve ne fosse fra i tre uno di qualificati: altri dissero che il danno dato non era un furto noverabile fra i tre: altri altre sottigliezze trovarono. Insomma chi raccogliesse dai pratici tutte le restrizioni portate alla legge del terzo furto potrebbe comporne una voluminosa teorica.

(1) Dolfio *allegat.* 104, *n.* 2; *et* 108, *n.* 1 *et* 2 — Boehmero *ad artic.* 162, *C. C. C.* §. 5 — Weittenau *cons.* 11, *n.* 184 *et seqq.; et cons.* 33, *n.* 30 *et seqq.* — Struvio *exercitat.* 48, *thes.* 21 — Kress *ad artic.* 162, *C. C. C.* Questa regola fu convertita in legge nella costituzione

elettorale sassonica 32, *pars* 4, dove espressamente si ordinò non doversi applicare la pena capitale al terzo furto se il valore delle tre ablazioni sommate insieme non ascendeva al furto magno. La opinione contraria fu sostenuta dall' Harpprecht *cons.* 54, *n.* 77 — Clasen *ad art.* 162, *C. C. C.* — Berlichio *pars* 5, *conclus.* 43, *n.* 93.

(2) Il pensiero di provvedere con sanzioni più severe alla iterazione nel furto si fa risalire al testo Romano; *l.* 28, §. 10, *ff. de poenis; l.* 3, *ff. de abigeis:* gli diede sanzione la Nemesi Carolina all' art. 161 e segg. e la Costituzione elettorale Sassonica *pars* 4, *constit.* 32, 34 *et* 35. Ma ovunque sorse la disputa se allo aggravamento bastasse la iterazione, o si esigesse eziandìo una condanna per i precedenti furti. A questa più mite opinione si attennero Bergero *Electa jurisprud. crim. pag.* 40 — Wernher *observationum pars* 5, *observ.* 197 — Cramer *observat. jur. univers. vol.* 3, *obs.* 916 — Hertio *consilia et responsa tom.* 2, *decis.* 484 — Harpprecht *decis.* 5, *n.* 40; *decis.* 6 *n.* 45; *et decis.* 9, *n.* 46, il quale annunziava essere prevalsa nel foro la regola che la reiterazione dovesse guardarsi non *physice* ma *moraliter ac civiliter*, vale a dire richiedersi la condanna dei precedenti per applicare la pena del terzo furto. Hertio *consilia et responsa tom.* 2, *decis.* 855, *n.* 2 — Montano *de regalibus in c. de officiis n.* 54, *vers. et adverte* — Hellbach *selecta criminalia pag.* 194, *n.* 8, il quale afferma essersi tale limitazione costantemente osservata dalle facoltà di Vittemberga e Tubinga. In tal guisa l' aggravante della iterazione sparirebbe per fondersi nella recidiva; e potrebbe dirsi che in quella dottrina fosse la prima genesi della teorica della *recidiva* in contrapposto alla *iterazione* secondo la scienza moderna. Questa opinione però, che a vero dire era in opposizione alla lettera delle leggi punitive del terzo furto, se potè essere prevalente in qualche fòro dell' Alemagna non crederei si potesse dire universalmente accettata. E tanto è vero che la opinione contraria si approva dallo stesso Harpprecht

(*decis.* 1, *n.* 46) quando uno dei tre furti sia magno. Che nella comune opinione rimanesse prevalente la regola che la pena del terzo furto si incorra *etiamsi furta praecedentia non sint punita sed tantum probata*, lo attestano Farinaccio *quaest.* 23, *n.* 9; *et de furtis quaest.* 167, *n.* 69 — Mattheu et Sanz *de regimine regni Valentiae cap.* 8, §. 8, *n.* 10 — Leyser *meditat. in pandect. spec.* 535, *medit.* 12.

(3) Cramer *observationes juris univers. vol.* 3, *observat.* 916 — Dolfio *allegat.* 113, *n.* 19.

§. 2089.

Ma la oscillazione e la reazione sono nella natura dell' uomo, e la storia intellettuale delle generazioni che si succedono sulla terra, mostra costante questo fenomeno della idea che germoglia e si propaga o si accresce tanto che si porta alla esorbitanza; ed il successivo ritorno alla negazione della idea per la nausea generata dall' abuso delle sue estrinsecazioni. Il pensiero che la iterazione nel furto presentasse caratteri meritevoli di speciale considerazione era in sè giustissimo. Ma lo si portò allo eccesso, e venne in tedio per guisa che molti fra i codici del secolo presente abbandonarono affatto ogni riguardo a tale specialità, e punirono un quinto od un sesto furto come puniscesi il primo, appagandosi di colpire la iterazione sotto la forma di recidiva quando per alcuno dei primi furti fosse nato giudizio e condanna. Così la scienza trovasi innanzi oggidì su questo argomento tre vie differenti. Una scuola le suggerisce di non avere alcun riguardo speciale alla iterazione nel furto (1): un' altra le suggerisce di assumer questo come criterio preva-

lente della penalità, osservando che un primo furto può essere un trascorso del momento figlio di occasioni eccezionali, e scevro da futuri pericoli, mentre il furto iterato mostrando la tenacità dell'appetito rivolto a danno delle altrui proprietà, esige energici provvedimenti: finalmente una terza le suggerisce di seguire una via di mezzo; e questa io tengo per la migliore.

(1) Singolare è la regola che riferisce Serpillon (*code criminel vol. 2, pag. 320*) e Fabro (*in codicem lib. 6, tit. 3, def. 5*) come sanzionata dal Senato di Savoja nel 1595, per la quale si sommavano i testimoni singolari che deponevano a carico di alcuno di diversi furti per il fine della pena, ma non si sommavano per il fine della restituzione del tolto. Il giudice diceva all' accusato, ecco tre testimoni ciascuno dei quali ti accusa di un furto, dunque ho piena prova che tu sei ladro *in genere*, e ti condanno alla forca. Poscia volgendosi ai derubati diceva loro, voi non avete che un solo testimone per ciascuno e perciò vi manca la prova del furto *in specie*: laonde non posso condannare questo *galantuomo* a restituirvi la roba.

§. 2090.

Fu un errore attribuire alla iterazione tanto valore da portare a pene eccessive: ma stimo un errore altresì non averle nessuno speciale riguardo, in principal modo nei furti minimi. In questi (e sopra tutti nel furto campestre) si palesa la grande inettitudine di tale sistema. Ragioniamo col caso pratico innanzi agli occhi e prendiamo a testo il codice Toscano. Il furto semplice (art. 376 let. a) se non eccede venti lire si punisce con la carcere che

non può superare un mese: la recidiva (art. 85, §. 1) porta ad un aumento di pena che non può superare la metà della pena ordinaria. Un ladro che ha l'abitudine dei furti minimi dopo averne commessi molti, è scoperto in uno e condannato. Un mese dipoi torna al suo mestiero, ed è colto di nuovo: il giudice se è rigoroso potrà infliggergli quarantacinque giorni di prigionia. Dopo quarantasei giorni colui, espiata la seconda pena, ritorna all'abito suo: il giudice incontra sempre un furto sotto le venti lire e ripete i quarantacinque giorni di pena. Ma colui non si commuove; sconta la pena; e poi ritorna al suo diletto. Il giudice gli ripete la irrogazione di altri quarantacinque giorni: e così di seguito. In tal guisa avviene lo spettacolo di un ladro condannato tre o quattro volte nel corso di un anno, e sempre a minima pena. Io vidi in pratica questi esempi e vidi il pubblico uscire dalla sala col riso sulle labbra, ma con quel riso maligno che è proprio di chi non è persuaso: e spesso udii quella brutta parola, ai ladri non gli fanno niente. Il furto minimo guardato come atto unico è senza dubbio un delitto leggiero: ma i furti minimi sono precisamente quelli che più facilmente si pigliano a mestiero da chi vuol vivere bene senza lavorare, e che più allettano per la levità del pericolo. L'autore di un furto magno avrà da star bene per lunga pezza, e si terrà all'ombra: l'autore dei furti minimi ottiene un lucro fugace, e bisogna che presto ritorni all'opera sua; e molti io ne conosco che altro lavoro non fecero in tutta la vita. Il proprietario non sempre si muove a denunciare per piccola sottrazione: quando anche la denuncia, gli agenti dell'autorità si stringono spesso

nelle spalle, e poco si occupano di quella che chiamano una piccolezza: quando se ne occupano sfugge troppo sovente la prova: quando la prova è raggiunta si arriva alfine ad una pena meschina, forse di pochi giorni di carcere. Il proprietario si scoraggisce: gli appariscono insignificanti ed incerti i benefizi della repressione in faccia alle noie ed ai perditempi ed agli scapiti che gli cagiona il querelarsi, il raccogliere testimoni, lo andare agli esami: e porta in pace i danni continuati se pure non viene nella truce determinazione di farsi giustizia da sè. Da tali effetti se ne incoraggiscono i malandrini, e sempre più perseverano con pessimo esempio altrui nella vita scioperata ed inerte. A tutti gli inconvenienti sarebbe riparo una legge sulla recidiva che più particolarmente usasse rigore contro la seconda o terza ricaduta nei furti minimi, e specialmente nei furti campestri. È un fatto che vi sono poderi i quali per certe male vicinanze non danno al colono balia di raccogliere neppure un terzo del prodotto del fondo; laonde codesta infelice situazione si calcola (secondo il vecchio consiglio di C o l u m e l l a) nella valutazione del prezzo dei beni. Vi sono dei fatti criminosi che guardati isolatamente sembrano inezie, ma che per la loro moltiplicata continuazione rovinano le oneste famiglie.

Titolo II.

Pluralità di persone.

§. 2091.

Sia il furto commesso da uno o da due o da quattro il danno immediato resta sempre quello che è: ma la forma morale oggettiva del reato cresce non tanto in ragione dell' audacia che acquistano i malfattori nello essere uniti, quanto per la probabilità del pericolo di danni ulteriori e diversi. È facile prevedere la sorpresa del ladro per parte del padrone o di qualche onesto vicino; e quanto è probabile che il ladro se è solo fuggirà alla sorpresa, altrettanto è temibile che se sono parecchi resistano a chi li sorprende e vuole ritogliere la preda dalle loro avide mani. È un fatto che il furto commesso da più persone eccita per questa sola causa maggiore spavento. La idea pertanto di ravvisare una aggravante nel numero dei ladri è bene ragionevole e conforme ai principii. Avvi chi desume questa aggravante dal concetto di una *violenza presunta* in quanto si dice si debba *supporre* che i ladri si siano uniti in più per usare resistenza al padrone. Ma a me che sono nemico delle presunzioni in criminale questa formula non piace (1). È certo che il numero dei ladri oltre ad accrescere la probabilità della riuscita nel superare gli ostacoli, oltre ad aumentare l' audacia dei malfattori, reca maggiore spavento: e questo mi basta per accettare la aggravante senza bisogno di espiscarne i motivi nella

presunzione di più scellerati disegni che forse non caddero in mente ai malfattori quando si unirono. La *possibilità* di una violenza per parte di più ladri è reale; e questa la prevede il legislatore quando giudica più pericolosa quella forma di furto. Ma identificare la *possibilità di un evento* con la *previsione* di tale evento e col *disegno* di raggiungerlo per parte del delinquente, è una illazione precipitosa che la buona logica non ammette.

(1) I malfattori possono essersi deliberatamente uniti in più per meglio asportare ciò che intendono sottrarre senza nessun pensiero nè di difesa, nè di offesa personale; ed ecco mendace la presunzione di disegni violenti.

§. 2092.

Dissi però che questa aggravante poteva essere assoluta o relativa, perchè su ciò non evvi costanza nè uniformità nelle varie legislazioni. Infatti alcune proclamarono che la pluralità dei ladri valesse *di per sè sola* a qualificare il furto (1). Altre per lo contrario non ne costituirono una aggravante tranne quando la circostanza di essere i ladri in due o più andasse congiunta con un' *altra* aggravante; per esempio la delazione di armi, il tempo notturno, lo ingresso nel domicilio (2). Ciò fu una deduzione logica del principio che l' aggravante desunta dal numero dei ladri procedesse dal pericolo delle *persone*; il quale non si ravvisò come veramente probabile, se non concorreva alcuna di altre tali circostanze.

(1) È contemplata senza riguardo ad altre aggravanti dal codice di s. Marino (art. 494, §. 2) Neuchatel (art. 217,

n. 2) Vaud (art. 272, n. 8) Fribourg (art. 221, lit. k) Vallese (art. 290, n. 10) Ticino (art. 341, §. 1) Grigioni (§. 164, n. 4) Portogallo (art. 426, n. 3) Perù (art. 625, n. 3) Bolivia (art. 706, n. 3) Isole Ionie (art. 247) che considera questa circostanza come violenza presunta; Baviera (art. 221, n. 1). Ad occasione del quale articolo del codice di Baviera il dotto Mittermaier emesse aspra censura nel suo scritto pubblicato nel 1841 sotto il titolo *la legislazione penale nel suo sviluppo progressivo* (*vol.* 1, *pag.* 18). L' illustre professore però guardò la cosa sotto un punto di vista più generale sostenendo che non solo la qualifica della pluralità di persone ma anche le altre (non esclusa la effrazione) dovevano sempre subìre il criterio del valore del tolto: e così censurò il codice di Baviera per questa misura generale di avere abbandonato ogni riguardo ai furti minimi nei furti qualificati.

(2) Così il codice Francese del 1810 (art. 381 e 386 conservato anche nelle ultime riforme); il codice di Prussia (§. 217, n. 6): il codice Spagnuolo (art. 431, n. 5); il codice Austriaco (§. 174, n. 2, lit. b).

§. 2093.

Se peraltro o come singola o come concorrente debbasi valutare la circostanza della pluralità dei ladri, è certo che tale aggravante non può trovarsi dove sia *accidentale*. Non basterà giustificare che i più ladri siano stati veduti insieme asportare la roba per la stessa via quando non apparisca improbabile la accidentalità che si siano incontrati nel luogo del furto senza previo accordo nè unione. Bisogna che la unione preceda o almeno sia volontariamente concomitante alla contrettazione. Se uno rompe l' uscio di una taberna e s' introduce a rubare e frattanto un altro che passa vedendo quel-

l' uscio atterrato s' introduce anch' egli e prende un qualche oggetto per conto proprio; si avranno due furti commessi nello stesso luogo e nello stesso tempo, ma non si avrà un furto qualificato per la *riunione* di più persone (1).

(1) In una parola bisogna che i ladri abbiano rubato *a comune* per un accordo anche nato sull' atto. Così fu giudicato dalla Corte di Cassazione di Firenze coi decreti del 22 aprile 1854, e 23 agosto 1856 (*Annali XVI*, 1, 342, 718, 724; *XVIII*, 1, 696).

§. 2094.

In proposito della riunione di più persone bisogna però distinguere il caso in cui la medesima sia stata ordinata alla consumazione di un furto *speciale* dal caso in cui sia stata vagamente costituita al fine di commettere *delitti indeterminati* a vantaggio comune. Nel primo caso lo associamento non funziona che come qualifica di quel furto speciale a cui venne preordinato, mentre nel secondo caso assumendo la fisonomia della violenza pubblica viene a costituire un delitto *sui generis* che incontra una pena speciale che si aggiunge alle pene incorse per i furti commessi a seconda della respettiva loro imputazione. È questo il reato che il codice Toscano all' art. 421 distingue col titolo di *associazione di malfattori*. Esso è perfetto col solo stringere del patto sociale ancorchè nessun delitto dei destinati abbia ancora avuto principio di esecuzione: e da ciò nasce appunto la utilità di questo titolo particolare, perchè altrimenti la associazione non si potrebbe

reprimere sotto forma di tentativo dei delitti ideati quando il principio di esecuzione dei medesimi non avesse ancora avuto luogo. È da notarsi che il reato di associazione di malfattori viene collocato dal codice Toscano nella classe dei *reati contro la proprietà,* perchè prevede il solo caso in cui la società criminosa sia diretta a furti, estorsioni, truffe, frodi, baratterie o pirateria. Lo che fece dire allo illustre Puccioni *(commento vol. 5, pag. 270)* che questo reato non era previsto dal codice Francese nè dai codici Italiani. Ma ciò fu un equivoco. Il codice Francese sotto il titolo di banda (1) lo prevede all'art. 265: lo previdero il codice Parmense all'art. 264; e il Sardo all' art. 426: salvo che tutti questi codici colpiscono la associazione tanto se formata al fine di offendere le proprietà quanto se formata al fine di offendere le persone: ed è perciò che i medesimi invece di collocarla fra i delitti contro gli averi altrui ne fanno un reato contro la pubblica tranquillità. Doveva dunque dirsi che il codice Toscano aveva ristretto e modificato la nozione di questo delitto rispetto agli altri codici contemporanei: e ciò era più esatto. E benissimo fu intesa a mio credere questa modificazione, perchè così il legislatore toscano potè ridurre la pena di questo delitto (che in fin dei conti quando non ebbe seguito si esaurì in un disegno) al solo carcere da tre mesi a tre anni. Laddove gli altri codici contemplando permistamente i disegni contro gli averi e i disegni contro le persone dovettero elevarne la pena a proporzioni altissime, quali sono quelle del codice Francese che lo punisce con la galera da cinque a venti anni. Le quali pene ognuno comprende come siano eccessi-

ve; perchè nella generalità di quelle previsioni potendo la consociazione dirigersi a malefizi leggermente puniti (come piccole mariuolerie) ne consegue l'assurdo che più si punisca il disegno senza esecuzione, che non la esecuzione senza concertato disegno.

(1) Questa forma di reato nella pratica italiana si chiamò *conventicola*. Veramente secondo il diritto romano la *conventicola* era la congregazione di uomini diretta a fare offesa allo stato od al Principe: *l.* 1, *ff. ad legem Juliam majestatis*. Ma poichè la celebre Bolla di Sisto V (che tanta severità splegò contro le frotte di masnadieri dalle quali infestavasi allora lo stato romano) ebbe dato il nome di *conventicola* anche al congregamento di uomini tendente ad offendere le persone o proprietà private, purchè si fossero riuniti a *mal fine* e *con armi*, la pratica romana ed appo lei altre pratiche italiane allargarono l'uso di quella parola: Vermigliolo *cons.* 134, *n.* 5 — Conciolo *verbo* bulla, *resol.* 1, *n.* 2 — Guazzino *de confiscatione bonor. conclus.* 13, *ampl.* 86, *n.* 3. In proposito della Bolla Sistina nacque la teorica che restringeva la parola *armi* alle sole armi proprie al fine di eliminare la pena capitale, quando i congregati fossero stati muniti soltanto di arnesi rusticali: Farinaccio *quaest.* 113, *n.* 142 — Corneo *cons.* 199, *n.* 2, *lib.* 4 — Raynaldo *observat. ad cap.* 25, §. 1, *n.* 14 — Ursaya *instit. crim. lib.* 2, *tit.* 1, *n.* 57.

§. 2095.

Non è già che possa valutarsi nel furto come aggravante speciale la *premeditazione*. Essa non può guardarsi come tale per la ragione che è la condizione *ordinaria* del furto. E qui mi piace notare questo fenomeno giuridico che certe circostanze

sebbene identiche in loro stesse assumono una variatissima funzione secondo i diversi delitti ai quali si trovano adiette — 1.° In alcuni malefizi non possono noverarsi come aggravanti perchè sono costanti o quasi costanti nel caso ordinario. Così la violenza contro le persone nell' omicidio, la violenza contro le cose nello incendio, e così l' animo freddo che agisce per calcolo deliberato nel furto. — 2.° Altra volta la circostanza non può essere guardata come aggravante perchè è dessa che costituisce la *essenzialità* criminosa del fatto, che altrimenti sarebbe politicamente innocente. Così la *vis* nel ratto non potrebbe fungere l' ufficio di aggravante mentre è costituente della punibilità, o del titolo speciale: così la qualità di pubblico ufficiale in certi delitti è aggravante ma non può esserlo nell' abuso di autorità perchè è costituente — 3.° La vera funzione di aggravanti nei malefizi la esercitano quelle circostanze che non sono nè *essenziali* alle condizioni giuridiche del reato; nè *abituali*, od ordinarie nel reato stesso: ma possono intervenire e non intervenire, e più frequentemente non intervenire che intervenire. Nella ipotesi delle circostanze *ordinarie* la scienza procede per opposta via: non fa di loro un' aggravante: ma invece della *assenza* loro, che quantunque rara può talvolta incontrarsi, fa una diminuente od una minorante. Così della premeditazione nel furto non si fece quasi da nessuno (1) una aggravante: ma invece si ravvisò una *degradante* dal tipo ordinario nella istantaneità, nella occasione, o nell' urgente bisogno, come a suo luogo vedremo. Ciò è esattissimo. Ma è precisamente per questo fenomeno che io persisto a credere impossibile una enumerazione

completa di aggravanti comuni e di diminuenti comuni a *tutti* i delitti. Certe circostanze saranno aggravanti in un reato, e potranno non esserlo o cambiarsi in diminuenti in altro reato. Certe circostanze saranno essenziali a quel titolo e diverrà assurdo farne una aggravante. Mi apparve poi ridicolo in certi progetti di codice la antitesi che vidi adottata fra l' affermazione e la negazione della identica circostanza per farne alternamente o una ragione di aggravio, o una ragione di alleviamento. Per esempio vidi proporre che la negativa del reo fosse un' aggravante, e la sua confessione una diminuente. Ma parve alla mia tenuità che con ciò si rendesse impossibile il caso *ordinario* il quale per tutte le buone regole deve essere il più frequente. Una enumerazione delle diminuenti ed aggravanti per opera del codice sarebbe un desiderato della scienza; ma io credo impossibile raggiungerlo per altra via tranne per una enumerazione *speciale* in ciascun genere di reato. Le degradanti soggiacciono a regole generali, perchè minorando le forze soggettive del reato portano per necessità giuridica ad una minorazione di imputazione: ma queste ormai sono previste e definite da tutti i buoni codici odierni che dettano regole per la minore età, per la ebrietà, per la complicità, per il sordomutismo, e simili. Sta bene che queste degradanti non abbiano sempre la stessa efficacia; ma ciò si definisce dalla scienza, nè può descriversi dalla legge che a grandi tratti. Ma le vere diminuenti (che per esser tali non debbono spiegare azione sulle forze soggettive del delitto) hanno tal nesso con le contingenze delle diverse materialità che variano secondo la di-

versità dei titoli criminosi. La unione di più persone a commettere un delitto è giustamente un' aggravante del furto: potrebbe con pari ragione considerarsi come tale nella fabbricazione di un falso? Potrebbe senza eccitare il riso dichiararsi tale nello adulterio?

(1) Non è peraltro disprezzabile il concetto col quale alcuni dotti criminalisti tentarono, come l' Erhard ed il Puttmann, di utilizzare la idea della premeditazione nel furto. Essi proposero che i furti dovessero dividersi in tre classi, cioè — 1.° *furti improvvisi*, nati per istantanea risoluzione eccitata da occasione fortuita — 2.° *furti preordinati*, quelli cioè che si commettono al seguito di preparativi maliziosamente architettati dal ladro per un calcolo meditato — 3.° *furti qualificati*, quelli cioè nei quali oltre la lesione della proprietà ricorre una qualche circostanza aggravante. Questi scrittori procedono dal pensiero (in sè stesso giustissimo) che un ladro il quale maturamente si è predisposto ad aggredire le altrui proprietà è tanto più pericoloso quanto meno lo è colui al quale una accidentalità presenta la occasione di rubare, e cedendo alla istantanea tentazione se ne approfitta Ma a me è sembrato che questa partizione non potesse assumersi come guida sicura nella esposizione della teorica del furto, perchè troppo porterebbe a deviare dalle regole ormai ricevute, essendovi molte qualifiche od aggravamenti che bene si adattino alla istantaneità della risoluzione. Anche la stessa effrazione di una cassa può esser figlia di una occasione, come lo è il furto in tempo d'incendio. In ogni ipotesi quella distinzione non potrebbe giovare che come suddivisione dei furti semplici. Laonde codesta idea non è accettabile come norma della esposizione: e meglio vale tener conto della *occasio furandi* come minorante, facendone parola e mostrandone la valutabilità alla materia del *grado;* essendochè per la medesima indistintamente si

degradi la forza morale soggettiva del furto tanto semplice quanto qualificato.

TITOLO III.

Famulato.

§. 2096.

Nella qualifica che si attribuisce al furto commesso dal servo s' incontra un principio morale che è quello della tradita fiducia: ma non fa difetto a sostenerla anche un principio politico: ed è quello della minorata potenza della difesa privata; essendo manifesto che in faccia ai nostri domestici riesce assai più difficile guardare le nostre proprietà. Laonde tutte le scuole moderne (1) si sono accordate nello accettare tale aggravante. Variano però nella nomenclatura, usandosi da taluno la denominazione di *furto domestico*, da altri quella di *famulato*. Io preferisco questa ultima per la ragione che la formula *furto domestico* diviene vaga ed incerta rimpetto ad alcuni scrittori, i quali adoperano questa denominazione per indicare il furto commesso (2) dalla moglie e dai figli; o più precisamente come lo definì l' Hommel *(rhapsodiae observat. 540)* il furto intervenuto fra persone tra le quali non sarebbe potuto senza incesto consumarsi connubio. Laonde trovossi da lui e da altri insegnata la regola che il *furto domestico* non potesse dal giudice perseguitarsi di ufficio sotto pena dei danni. Non avendo io altra ragione di amore verso le parole tranne quella della loro chiarezza

mi attengo alla parola *famulato* che per la sua derivazione da *famulus* elimina qualunque rischio di equivoci.

(1) Invalse un tempo la opinione che il famulato o non desse luogo ad azione di furto, o dovesse più mitemente punirsi. Pare che il fondamento di tale opinione fosse la *l.* 89 *ff. de furtis,* congiunta alla *l.* 11, §. 1, *ff. de poenis.* È peraltro anche in faccia a quei frammenti dubbioso se veramente i romani proclamassero la impunità del furto a favore dei servi, dei liberti, e dei mercenari; lo che sembra poco credibile: onde mi persuade ciò che avverte lo Schultingio nella sua nota alla citata *l.* 89 — *agi non potest civiliter, bene tamen criminaliter.* Ma qualunque fosse il genuino concetto dei responsi di Paolo e di Marciano, certo è che per lunga stagione furono intesi in quella guisa. Laonde Leyser (*meditat. in pandectas spec.* 535, *meditat.* 20) ricorda come antica pratica generale quella di punir meno i furti dei servi e delle fantesche (pratica che trovasi conservata anche oggidì nel codice Annamita: Aubaret *code annamite vol.* 1, §. 19, *pag.* 131) soggiungendo che solo posteriormente si venne a conoscere che tale dottrina poneva a repentaglio la sicurezza di tutte le famiglie; per lo che lo elettore di Sassonia (*constitut.* 38, *pars* 4) dovette per apposita legge ordinare che i furti dei servi si sottoponessero alla pena ordinaria. Lo stesso ripete Carpzovio alla costituzione suddetta *definit.* 1 — Grantzio *defensio inquisitorum cap.* 5, *memb.* 2, *sect.* 3, *art.* 3, *n.* 227, *col.* 517.

(2) Per questo fatto osservò saviamente il Koch (*Institutiones* §. 187) esser nata confusione grandissima fra i giuristi intorno la denominazione di furto domestico: essersi disputato se il furto di un fratello che stesse fuori di casa dovesse o no dirsi domestico: essersi voluto distinguere da altri fra domestico *proprio* (furto di consanguinei) e domestico *improprio* (furto di estranei coabitanti); ed altre

simili divergenze che grandissimo impaccio recarono nello svolgimento della dottrina. Vedasi Mullero *de furto domestico* — Crusio *de indiciis delictorum pars 3, cap.* 17 — Ayrero *de furti domestici poena* — Gunther *dissertatio de furto domestico* — Struvio *syntagma juris civilis exercitatio* 48, *thes.* 25 — Drabbe *de furto domestico.* Questa dottrina però può essere di un uso pratico anche oggigiorno per sostenere che quando il garzone o servo sia congiunto di sangue col padrone non abbia luogo la pena ordinaria del famulato: Wernher *tom.* 2, *pars* 6, *obser.* 458, *pag.* 97, *et seqq.* Del resto era ben naturale che siffatta confusione nascesse quando la parola *domesticus* non era, come lo è nell' odierno linguaggio italiano, circoscritta dall' uso ai servigiali di una casa; ma usato promiscuamente a designare tutti coloro che nella medesima casa abitavano, includendovi così la moglie ed i figli: Harpprecht *de juribus domesticorum, disputatio* 4, *vol.* 1.

§. 2097.

La pena del famulato si elevò (come doveva avvenire) sotto lo influsso dei principii aristocratici ad una eccessività di rigore, e si vide colpito dallo estremo supplizio indistintamente e indipendentemente da ogni altra considerazione di aggravio (1). La eccessiva severità del castigo suggerì anche a questa occasione alla misericordia dei pratici moltissime distinzioni e limitazioni, figlie piuttosto di una sottile dialettica renduta accettabile dallo spirito umanitario e quasi necessaria per l' atrocità della pena; le quali distinzioni e limitazioni furono per conseguenza reiette dalla scienza e legislazioni moderne quando la pena del famulato fu ridotta a più ragionevoli proporzioni. Di tutta questa grande elabora-

zione pratica è rimasta alla scienza la distinzione tra *famulato proprio*, e *famulato improprio*. Distinzione che il codice penale Toscano ha rispettato dichiarando furto *qualificato* il famulato proprio e furto soltanto aggravato il famulato *improprio: Annali Toscani XX, 1, 245, 246*. Lo che equivale a dire che la qualifica nel famulato proprio è più grave; nel famulato improprio è meno grave: che nel primo caso altera la competenza, nel secondo no; che nel primo caso muta *specie* della pena, conducendo alla casa di forza; non la muta nel secondo. Questa distinzione di nomi aveva nel codice Toscano un senso pratico assai più esteso nella sua primitiva formazione quando indistintamente sanzionava che tutti i furti qualificati fossero di competenza delle Regie Corti e si punissero della casa di forza *qualunque fosse il valore del tolto*. Ma poichè nella successiva riforma che la legge dell'8 aprile 1856 portò allo art. 386 si ripristinò la influenza del valore del tolto entro certi confini anche nei furti *qualificati*, e si ammise che si punissero col carcere e si giudicassero dai tribunali di prima istanza anche i furti qualificati (escluso il violento) nei quali il valore del tolto non eccedesse lire cento toscane (ottantaquattro franchi) ne conseguì che si ebbero dei furti qualificati giudicati dalla prima istanza e passibili della prigionia; e quindi simili in tutto ai furti aggravati; e la vanità della superfetazione di questa novella nomenclatura rimase sempre più manifesta.

(1) Hommel *dissertatio de furto qualificato non armato pag.* 8 — Ayrer *de furti domestici poena in terris*

Brunsvicensibus. È però osservabile che in generale l'odio contro il famulato non si elevò mai in Germania a quell'altezza di rigore che prevalse in Francia ed in Italia.

§. 2098.

Il famulato dicesi *proprio* quando il furto si commette da chi è accolto a *servizio continuo* e retribuito, a danno del padrone, o nella casa di lui mediante abuso della comodità del servizio. Quattro pertanto sono gli estremi del famulato proprio:

1.° Che il furto si commetta da persona impiegata a servigio *continuo*. Nulla interessa il nome che diasi al domestico od al servigio, purchè sia continuo. Un servigio saltuario od occasionale diminuendo la difficoltà della difesa privata impropria il famulato. Ma la parola *continuo* non deve qui intendersi in un senso matematicamente esatto, sicchè qualunque interruzione nelle abitudini di un servigio impropri la qualifica. È continuo il servizio quando si presta con una certa abitualità periodica che porge comodo ad introdursi nella casa ed avere sotto la mano le cose del proprietario. In questo senso si può essere domestici di più di un padrone, quando (a modo di esempio) si abbia il vitto meridiano in una casa dove si prestano servizi diurni, e si ceni e si dorma in un'altra casa dove si prestino servizi notturni.

2.° Che sia *retribuito*. Colui che presta ad altri un servigio gratuito fa un atto di beneficenza: è un amico piuttosto che un servo. Ma è indifferente che la retribuzione sia grande o piccola, sia in contanti od in roba (1), e per la moderna giurispru-

denza è pure indifferente che sia stata pagata (2) o semplicemente promessa. Non è necessaria per aver famulato proprio la *pernottazione* del domestico nella casa del padrone: Cassazione di Firenze 26 maggio 1858 (*Annali di Giurisprudenza Toscana XX, 1, 384*). È però necessario il *convitto*, perchè bisogna che egli faccia parte della famiglia (3) altrimenti egli non è che un operaio.

3.° Che siano rubate *cose del padrone* ovunque siano state rubate; oppure cose di *altri* nella *casa* (4) *del padrone:* e ciò facilmente si spiega per la responsabilità che può avere il padrone anche delle cose altrui lasciate in sua casa.

4.° Che il furto sia commesso mediante *abuso* della *comodità* del servizio (5). Il giuoco di questo quarto estremo nella definizione del famulato è interessantissimo. Esso procede dai due principii della fiducia tradita e della difficultata tutela delle cose proprie, dai quali s' informa la qualifica stessa. Questi non ricorrono tutte le volte che il servo commetta a danno del padrone un furto alla maniera stessa con cui lo avrebbe potuto commettere qualunque straniero alla famiglia. Se il servo notturnamente si parte, e recatosi ad una villa del padrone insalisce da una finestra, o atterra l' uscio e ruba, costui non ha abusato della comodità del servizio per commettere il furto. Quantunque per avventura la sua domesticità gli abbia servito a venire in cognizione della esistenza di alcuni oggetti in quella villa, pure essa non gli è stata *mezzo alla esecuzione* del furto: ed in faccia ad un furto commesso in codesti modi il padrone aveva rimpetto al servo gli stessi mezzi di tutela che aveva in fac-

cia all' estraneo. Cosicchè se quella villa si fosse per incuria del padrone stesso lasciata aperta, il furto commesso dal servo sarebbe semplice; sarebbe invece qualificato se preordinandosi al furto, il servo medesimo avesse lasciato maliziosamente aperta la porta della villa; poichè in codesto caso la *comodità del servizio* gli avrebbe fornito mezzo alla *esecuzione* del furto.

(1) Fu anzi deciso (*Annali Toscani XVIII*, 1, 697) che la mercede poteva consistere nel solo *vitto*. Ma si decise altresì che una partecipazione non era mercede: e ciò venne stabilito (*Annali Toscani XVII*, 1, 370-371) nei termini di marinai che servivano sul bastimento senza stipendio partecipando al nolo del capitano. Questi sono *socii*, non servigiali; e non commettono nè famulato proprio nè improprio.

(2) È pertanto inconcludente la eccezione frequente ad opporsi dai servi infedeli (Harprecht *decis.* 1, *n.* 14) di avere preso la roba del padrone per pagarsi del ritardato salario. Vedasi però §. 2235 nota.

(3) Coerentemente a ciò fu deciso (*Annali Toscani XX*, 1, 384) che il servizio doveva prestarsi nella *casa* del padrone: chi presti servizio anche continuo e retribuito in una bottega non può farsi reo che di famulato improprio

(4) Qui si trova fatta peraltro un' ampliazione molto notevole dalla nostra giurisprudenza. Un giudicato della Cassazione di Firenze del 23 maggio 1857 (*Annali Toscani XIX*, 1, 410) contemplò un caso nel quale il proprietario di un mulino aveva consegnato al suo garzone la farina datagli a macinare perchè la riportasse ai respettivi proprietarii; ed il garzone se l' era appropriata per via: e in siffatti termini disse ricorrere il famulato; quantunque la cosa rubata fosse proprietà di *estranei* e il furto fosse avvenuto *fuori della casa* del padrone. Due idee spinsero a tale ampliazione: l' una che la farina essendo sotto la immediata *responsabi-*

lità del padrone poteva considerarsi come proprietà sua; lo che peraltro non è che un' *analogia*, assai pericolosa in criminale: l' altra più strettamente giuridica poteva esser quella che la consegna essendo stata fatta dal padrone nella *casa propria*, la contrettazione poteva ben dirsi *incominciata* nella casa padronale: e siccome il contegno successivo del garzone manifestava che egli aveva contrettato quella farina con animo di appropriarsela, così il furto poteva dirsi eseguito nella casa padronale facendolo risalire al primo momento in cui il ladro aveva posta la mano sopra la cosa. E questa seconda ragione mi avrebbe tolto ogni titubanza a sottoscrivermi a quella decisione.

(5) Quando dicesi che il servo deve avere abusato della comodità del servizio s' intende che egli ne abbia approfittato mentre era tuttavia nel servizio. Se un domestico dopo essere uscito dallo impiego si approfitta delle notizie acquistate quando era nella casa, al fine di commettere un furto che altrimenti non gli sarebbe stato forse possibile, non per questo è reo di famulato. Così in termini fu deciso dalla Sacra Consulta il 16 novembre 1847: Belli *Giornale del Foro Romano* 1848-49, *vol.* 2, *pag.* 38. Ma la comodità del servizio è elemento essenziale del famulato: laonde la Corte di Cassazione di Palermo col giudicato del 16 maggio 1865 annullò come incompleta la dichiarazione dei giurati, che limitandosi ad affermare essere il ladro un domestico del derubato aveva omesso di stabilire se della qualità di domestico erasi valso per commettere il furto. Secondo la giurisprudenza Parmense il requisito che il servo avesse abusato della comodità del servizio non si chiedeva in modo assoluto: era necessario se la cosa rubata spettava ad estraneo; non era necessario se spettava al padrone: Melegari *Decis. vol.* 1, *pag.* 342.

§. 2099.

In questo quarto estremo si trova la ragione perentoria per estendere la qualifica (1) ed il titolo di famulato anche ai non servi che abbiano partecipato nel furto del servo perchè la qualità aggravante si è compenetrata col fatto; è divenuta circostanza *reale* tostochè la domesticità ha servito di *mezzo* alla materiale consumazione del furto.

(1) Perchè un reato possa essere suscettibile di qualifica bisogna naturalmente che il fatto principale sia innanzi tutto punibile *come reato*. Perciò combinando la teorica del famulato con quanto esporremo al §. 2253 e segg. intorno al furto commesso da chi sia in certi gradi congiunto col proprietario, si comprende agevolmente che quando in una famiglia le funzioni di servo si esercitino da uno di quei congiunti rispetto ai quali la legge non ammette azione penale di furto, quantunque il servizio fosse continuo e retribuito, la sottrazione non diviene punibile per la aggravante. Così fu deciso in termini dalla Corte di Cassazione di Firenze (*Annali Toscani XII*, 1, 258-259) e non può essere diversamente.

§. 2100.

Quando ricorrono codesti estremi il famulato è *proprio:* senza andar cercando se il servo era o no congedato; o se trovavasi in quella casa da poco o da lungo tempo; nè se il furto era commesso nella casa del padrone o fuori; o a danno dello stesso padrone o di altri; o se il servo pernottava o no nella casa padronale, o se vi aveva l'intero convitto o soltanto una parte; o se il suo stipendio era

in denaro od in altro modo stabilito; nè se questo erasi dal padrone puntualmente o no corrisposto. Tutte tali distinzioni (1) erano divenute fruttuose ad escludere il famulato nelle antiche pratiche quando a quello sovrastava la pena capitale (2): e tutte si erano conservate nelle osservanze toscane quantunque la pena fosse modificata. Ma quelle sottigliezze più non avevano ragione di essere, e la scienza ne aveva proclamato la inettitudine. Laonde il legislatore toscano del 1853, ed altri codici contemporanei saviamente le abolirono. Eravi pure nella pratica un' altra distinzione, per la quale il titolo di famulato escludevasi quando il servo aveva sottratto oggetti che a lui erano stati consegnati ad occasione del servizio. Dalla quale ipotesi escludevasi il famulato; ed anche questa distinzione si volle dal codice Toscano (all' art. 385) espressamente abolita: Corte di Cassazione di Firenze 9 settembre 1854 (*Annali Toscani XVI, 1, 890)* e 23 gennaio 1855 (*Annali Toscani XVII, 1, 74,* e si vedano anche *Annali Toscani XVIII, 1, 597, 598; e XIX, 1, 410; e vol. XV, 2, 1509; e XVI, 1, 764).* Intorno alla medesima però vi è da fare qualche osservazione, che richiamando la nozione del famulato *improprio* vuol essere riserbata a dopo la esposizione di questo.

(1) Un principio singolare trovasi stabilito da un giudicato della Sacra Consulta di Roma del dì 17 decembre 1847, relat. Matteucci, ove dichiarasi che essendo proibito dai canoni ai cristiani di alluogare le loro persone al servigio d' Isdraeliti, un servitore cristiano che rubi al padrone ebreo non può esser mai colpevole di furto qualificato: Belli *Giornale del foro Romano: Anno* 1847-48, *vol.* 1, *pag.* 159.

(2) Una dichiarazione di Luigi XV del 4 marzo 1724, volle puniti di morte i furti demestici qualunque ne fosse il valore. Qual fu l' effetto di questo esorbitante rigore? Mercier nel suo *Tableau de Paris (cap. 25, pag. 82)* risponde che la impunità dei furti domestici fu la conseguenza di quella legge, perchè i padroni repugnando a consegnare le proprie fantesche al patibolo le congedavano piuttosto che denunziarle: a talchè dice egli presso noi quattro fantesche sopra dieci sono abitualmente ladre. Questo orrore dovette anche accrescersi in Francia per i frequenti esempi di condanne a morte di servi e fantesche riconosciute poscia innocenti, che ricorda Molinier nel suo eccellente scritto *La repression du vol. pag. 29 et suiv., Toulouse* 1869. È indubitato che se vi è delitto nel quale la *condanna per indizi* renda probabile il sacrifizio di un innocente, tale è il furto domestico per la facilità della sparizione di qualche oggetto nelle famiglie, e per la facilità dei padroni a sospettare la fedeltà dei domestici. Un caso di condanna per furto di una fantesca innocente nella Inghilterra è ricordato ancora da Chesterton *(Revelations of prisons life vol. 2, pag. 146)* ma almeno colà non si ebbe a deplorare un omicidio giudiciario.

§. 2101.

Il famulato *improprio* si verifica nel fatto dell' operaio o giornaliero prezzolato che rubi a danno di chi si vale dell' opera sua, o di altri, purchè il furto cada sopra oggetti che si ritrovino nel luogo (1) ov' egli prestava il servigio, e purchè al furto gli abbia prestato comodità il servigio medesimo. Gli estremi del famulato *improprio* si coordinano a quelli del famulato *proprio*. Anche qui si esige la pattuita *mercede*, ma niente interessa che il lavoro prestisi ad ora o a giornata; nè che la mercede sia

grande o *piccola;* in *denaro* o in *roba: determinata* o *indeterminata.* Non deve però considerarsi come *mercede* (Cassazione 28 aprile 1855; *Annali Toscani XVII, 1, 370)* la *partecipazione* agli utili della lavorazione. Anche qui si richiede l' estremo che il servigio abbia offerto la *comodità* di rubare: onde è necessario che il furto commettasi durante la lavorazione. Al qual concetto riannodasi l' altro della *località* nella quale richiedesi che il furto si sia consumato.

(1) Tra il famulato proprio e l'improprio vi è differenza eziandio in ordine al *luogo.* Il servo *dovunque* rubi la cosa del *padrone* è reo di furto qualificato purchè abusi della comodità del servizio. Così giudicato anche in faccia al codice Sardo dalla Corte di Cassazione di Palermo nel suo decreto del 20 maggio 1865: l' operaio invece non lo è ugualmente se ruba in luogo diverso da quello dove il padrone lo aveva posto a lavorare. Ciò è chiaro per la lettera dell' art. 377 let. m del codice Toscano: ed in termini del codice Sardo fu stabilito (inerendo alla lettera dell' art. 607, n. 4) dalla Corte di Cassazione di Milano nel suo giudicato del 25 novembre 1864.

§. 2102.

Il codice Toscano ha su questo proposito sanzionato una nuovità rovesciando il caso della qualifica: e riconoscendo meritevole di speciale protezione non solo il padrone in faccia all' operaio, ma anche l'operaio in faccia al padrone. Se taluno (art. 377 let. m) chiama a sè un giornaliero per un lavoro, e nell' occasione di questo lo deruba, si aggrava il furto ugualmente che nel caso inverso. Io non divido la

opinione di coloro che hanno censurato questa disposizione. Trovo perfetta parità di ragione fra caso, e caso; nè la maggiore rarità di un caso è sufficiente motivo perchè non vi si provvegga quando è possibile. Soltanto osservo che la coerenza imperiosamente esige, poichè si riconosce come accompagnato da circostanza aggravante il furto commesso dal padrone a danno dell' operaio; che si consideri come tale anche il furto commesso da un padrone a danno del servo: e non so comprendere come mai il Mori che accattava dal codice di Baden (art. 391) cotesta nuovità, la prendesse in un caso e non in entrambo i casi, come l' aveva stabilita il legislatore badese.

§. 2103.

Adesso è a dirsi della ipotesi della *consegna.* Molto prevalse fra gli antichi dottori la opinione che quando il servo o l' operaio avesse rubato una qualche cosa che a lui era stata dàta in consegna per occasione del suo servigio, il titolo qualificato o aggravato scomparisse; e siffatta teorica fondavasi sopra una ragione altrettanto semplice quanto radicale. La consegna dell' oggetto esclude la figura giuridica della *contrettazione* per sostituirvi l' altra distinta figura della *distrazione:* il colpevole ha violato il *dominio* e non ha violato il *possesso.* Ciò basta perchè il titolo di *furto* scomparisca per far luogo al titolo minore di *truffa,* che è un furto *improprio.* Ora quando la legge dispone intorno alle qualifiche od alle aggravanti di un reato, presuppone completo nella sua essenza il reato che vuole qua-

lificare. Il famulato qualifica il furto o lo aggrava secondo i casi: ma perchè il fatto riceva l'aggravante o la qualifica bisogna che innanzi tutto sia *furto* (1). È regola generale che una truffa non degenera in furto per il sopraggiungere di una qualifica, per esempio le due persone, il tempo di notte, la casa abitata la pubblica via, o simili. Ma la appropriazione indebita delle cose consegnate al servo o al lavoratore non è *furto:* dunque la qualifica non può renderlo tale perchè un criterio misuratore non può supplire al difetto di un criterio essenziale. Due risposte sonosi date a questo ragionamento, e per le quali i moderni codici hanno eliminato la distinzione di che si parla. La prima si è quella che la consegna al servo od al lavoratore è *necessaria:* e questa è una formula tutta politica, perchè la necessità non muterebbe la condizione giuridica del fatto, nè farebbe cessare la abdicazione del possesso per parte del proprietario. La seconda è quella che il servo possiede sempre *a nome* del padrone: e questa parve formula giuridica che attaccasse alla radice l'obietto: perchè se il servo non possiede mai, ma sempre per lo suo mezzo possiede il padrone, è chiaro che la appropriazione della cosa consegnata al servo non più viola il solo gius di *dominio,* ma viola ancora il *possesso.*

(1) Che la *consegna* escluda il titolo di furto e la pena ordinaria anche rapporto al servo lo insegnarono espressamente Schoepfero *synopsis pandect. tit. de furtis n.* 60; e implicitamente Carpzovio *jurisprudentia pars* 4, *constit.* 41, *def.* 14: e in termini di cosa consegnata al servo perchè la portasse in qualche luogo lo sostennero pure Ta-

bor *Racemata def. crim. ad art.* 170, §. 6: e Clasen *ad art.* 170, *C. C. C. in fin.* Prese a combatterli Leyser (*spec.* 535, *medit.* 20) confessando però che tale opinione era prevalsa nel foro. Ma egli ragiona la sua opinione sopra un argomento che è piuttosto morale, anzichè politico, o giuridico. Egli dice che quanto maggiore è stata la fiducia del padrone nel servo tanto maggiore deve essere la sua pena: laonde se si appropria cose che il padrone aveva a lui dato in consegna è più colpevole dell' altro che abbia rubato un oggetto dal padrone custodito gelosamente presso di sè. Questo che forma tutta l' argomentazione di Leyser è un trasporto della morale nel foro, e prova troppo perchè demolisce tutta la teorica dei furti impropri. È l'argomento col quale i moderni romanzieri francesi divenuti tanto entusiasti della confutazione del codice penale, propugnarono doversi punire l'abuso di fiducia più del furto. È una confusione del criterio morale col criterio politico.

§. 2104.

Ma una volta accettate queste due osservazioni per eliminare il titolo di *truffa* e mantenere quello di furto nella appropriazione per parte del servo delle cose a lui consegnate, sembrava doversi dire altrettanto intorno alle cose consegnate al lavoratore non ascritto a servizio continuo, per il quale sorgeva il *famulato improprio*. La questione relativa a riconoscere o negare all' accidentalità della *consegna* la facoltà d' impropriare o no la qualifica vuol esser decisa con l' istesso criterio tanto se la qualifica stessa sia propria, quanto se essa sia impropriata per la *precarietà* del servigio (1). Ora sembrava che se quanto al servo si era mantenuto il titolo di *furto* malgrado la *consegna* per le due ra-

gioni della necessità di questa e del possesso a nome del padrone, lo stesso dovesse dirsi e non farsi passaggio al titolo di truffa in proposito del lavoratore: perchè anche in proposito del lavoratore ricorrevano quelle due ragioni. Se io chiamo in mia casa un operaio a ripulirmi l'argenteria, la consegna che di questa a lui faccio è necessaria, e lo è tanto se in mia casa la ripulisce quanto se altrove: anche costui possiede quell'argenteria a nome mio tanto se lavora nella mia casa quanto se altrove intorno la medesima. Parrebbe dunque che se ciò porta al furto e non alla truffa nell'uno; al furto e non alla truffa dovesse portare parimenti nell'altro. Malgrado ciò il codice Toscano avendo apposto quella estensione contemplativa anche del caso della consegna all'articolo 385 dove contempla il fatto del servo, e non avendola ripetuta all'art. 377 let. m, dove contempla il fatto del lavoratore, dà ragione di sostenere che abbia voluto escludere il titolo di famulato improprio dalla sottrazione che questi faccia degli oggetti a lui consegnati. Ciò ne rende perplessi: e conduce a dubitare che il lavoratore facciasi debitore di furto aggravato se porta la mano sovra altri oggetti nella casa dov'egli è accolto; ma non sia debitore che di sola truffa se porta via gli oggetti che a lui erano stati consegnati per esercitarvi sopra il lavoro al quale era chiamato, tanto se la opera sua intorno a quell'oggetto dovesse da lui esercitarsi fuori della casa del proprietario quanto se dovesse esercitarsi entro la medesima.

(1) Anche in proposito della appropriazione commessa dai lavoratori non servi sulle cose consegnate loro per cagione

del lavoro, prevalse la opinione che fosse truffa e non furto. I più rigorosi dissero che era una truffa qualificata in ragione della persona (e ciò sta bene) ma sempre truffa. Una speciale e frequente applicazione di questa regola si fece in Germania nei termini di *trituratori di grani*. Sembra che in ordine a questi lavoranti fossero là degli usi speciali, poichè troviamo che si distingue fra *trituratores jurati* e *trituratores non jurati*. Ma per gli uni e per gli altri, figurato il caso che questi mercenari portassero via giornalmente nei loro calzoni una quantità di grano che quantunque piccola diveniva importante per la somma (al modo stesso che si pratica da certi facchini nel trasbordo dei grani a Livorno) si decise non trattarsi di furto proprio, ma di truffa stante la consegna del padrone: Carpzovio *practica pars* 2, *quaest.* 81, *n.* 45 *et seqq.* — Strecker *de furibus frumentariis cap.* 2 — Wernher *observat. pars* 5, *obs.* 103 — Hommel *rhapsodiae observat.* 29. La Corte di Cassazione di Napoli ha peraltro deciso il 9 gennaio 1865 che la sottrazione commessa dall' operaio anche sulle cose a lui consegnate sia furto e non truffa, inerendo alle illimitate disposizioni dell'art. 607 del codice Sardo. La questione peraltro è preliminare: se nel tema di sottrazione di cosa consegnata vi sia bisogno di trovare nello statuto locale una disposizione eccezionale per *escluderla dal furto*, o di una disposizione eccezionale per *escluderla dalla truffa*. Il legislatore toscano pensò, e parmi assai rettamente, che la disposizione eccezionale fosse necessaria ad escluder la truffa, poichè questa era il resultato giuridico delle condizioni ontologiche del fatto. La Corte di Cassazione di Milano col suo giudicato del 19 marzo 1865 ha deciso che il facchino consegnatario di un baule chiuso a chiave per trasportarlo in un determinato luogo, se rompe il baule per rubare un qualche oggetto contenuto nel medesimo non è reo di semplice truffa o abuso di fiducia, ma di vero e proprio furto, perchè il padrone avendo ritenuto la chiave mostrò di non aver fiducia in lui, e serbò a sè il possesso

degli oggetti che erano sotto la chiave da lui tenuta. Questo giudicato ha un'apparenza di esatta armonia coi sottili principii giuridici relativi al possesso. Ma pure il fatto della consegna esiste, e distinguendo fra continente e contenuto, si viene all'assurdo che se il facchino rubava tutto il baule sarebbe punito meno di quello nol fosse per aver rubato alcuni oggetti nel medesimo racchiusi.

§. 2105.

Queste sono le difficoltà nelle quali s' impaccia la moderna scuola, che vuole considerare come indifferente nel famulato proprio la circostanza della *consegna*, e poi non ha coraggio di riprodurre (come logica vorrebbe) la sua dottrina nella materia del famulato improprio: perchè comprende che introducendola ancora qui scomparirebbero tutte le truffe nei fatti abusivi di chiunque lavora a guadagno, sia che lavori precariamente nella casa del proprietario che lo impiega, sia che lavori nella officina propria; perchè sempre in ambo i casi ha luogo per parte del padrone la consegna della *materia* sua sulla quale l' altro deve lavorare. E sempre potrebbe ripetersi che quella consegna non è valutabile perchè è *necessaria* (giacchè non posso ottenere che il sarto mi acconci l' abito se non glielo mando a bottega) e sempre potrebbe ripetersi che il sarto non possiede l' abito a nome proprio, ma a *nome* del padrone. Sicchè questi due vantati argomenti in fine dei conti si trovano a provar troppo; ed il primo ha il vizio di essere empirico mentre il secondo ha il vizio di confondere il *possesso civile* col possesso *naturale*. Qui sta l' errore. Ciò che distingue il furto

dalla truffa è la violazione del possesso naturale, e non la violazione del possesso civile; tanto è vero che il possessor civile si può rendere nei congrui casi colpevole di furto se sottrae la cosa al possessore naturale. Non vi è più idea possibile di truffa con codesta dottrina: il comodatario, il depositario ed ogni altro che (per comune consenso della scuola) commette truffa e non furto quando distrae la cosa ad altro uso in lucro suo, sempre possedevano in rapporto a quell'uso diverso a nome del proprietario (1).

(1) Analogo è il dubbio relativo al servo o lavoratore che non sottragga un oggetto ma essendo consegnatario di denaro del padrone se ne appropri una parte pareggiando la differenza con aumentare fittiziamente il valore della roba acquistata per ordine del padrone con quel denaro. Tale questione si esamina dal Drabbe *(de furto domestico cap.* 1, *pag.* 16) il quale nega ricorrere in siffatta ipotesi i termini di *furto* e conclude *nulla poena irrogari potest*. La conclusione mi sembra ardita poichè anche ammessa la ragione che ne dà il Drabbe *quia abest contrectatio invito domino*, rimangono però sempre gli elementi di una truffa. Ma se quando il servo si appropria denaro dato per spenderlo a certo fine in pro del padrone si dice che non è furto perchè *abest contrectatio*, parrebbe doversi dire lo stesso se il servo non si appropria denari ma derrate od altri oggetti a lui consegnati per un uso determinato. Io non veggo la ragione di distinguere fra caso e caso.

§. 2106.

D'altronde non mancano anche fra i moderni dei giureconsulti di grande valore che mantengono l'antica teoria; ed applicano anche al famulato la distin-

zione tra furto di cosa che non era specialmente consegnata al servo e appropriazione (1) di cosa specialmente a lui consegnata. Il professore Kitka in una sua dissertazione riprodotta nell' *Eco dei Tribunali (anno 1859, n. 881)* fa il caso della fantesca che rubi l' argenteria a lei data in consegna per porla poi in uso a certe occasioni, e dice che non è furto. Fa il caso poi del servo a cui sia data in consegna la chiave dei foraggi per valersene mano a mano ai bisogni dei cavalli del padrone, e che venda quei foraggi a suo profitto: e qui osserva che l' unica ragione di dubitare sorgeva perchè al servo era stata consegnata la *chiave* e non già la *cosa*, e malgrado ciò sostiene che è truffa (infedeltà) e non furto. Anche Jenull *(Eco dei Tribunali anno 1859, n. 880)* accettò tale opinione. Soltanto saviamente distinse fra quella consegna generale di tutti gli oggetti che si trovano nei luoghi dove il servo deve impiegare l' opera sua; e la *consegna speciale* che di certi oggetti sia stata a lui fatta dal padrone. Il primo affido che è consequenziale alla natura del servigio, e non procede da una particolare determinazione di volontà non elimina il titolo di furto: lo elimina bensì il secondo: e qui lo Jenull si fece a dettare alcuni criterii dai quali secondo lui veniva a sorgere questa consegna speciale. In sostanza si vuole che il servo abbia una particolare responsabilità (almeno morale) di quei tali oggetti in faccia al padrone. E ciò pare a me che modifichi anche lo elemento politico del reato; perchè nella prima ipotesi il domestico può sperare più facilmente di tener celata la propria partecipanza alla sottrazione: non lo può ugualmente nel secondo.

Se io prendo un giovine al mio servigio perchè mi accompagni alla caccia, incomincio dal dargli uno de' miei fucili ed egli ne usa legittimamente portandolo seco qua e là finchè sta al mio servigio. Ma se un giorno ei lo vende non sarà reo di furto, bensì di truffa. Dal lato politico è meno temibile il reato in tali condizioni perchè è inevitabile la scoperta. Dal lato giuridico si applica qui la osservazione acutissima di J e n u l l che il dolo criminoso incomincia quando il domestico *si appropria* la cosa e non già quando la contretta: lo che appunto risponde al concetto fondamentale che tutta informa la separazione della truffa dal furto.

(1) Accade frequentemente che i domestici prendano le cose del padrone non per venderle, ma per *impegnarle* a profitto loro. In questi casi nasce la disputa se il valore del tolto si debba misurare sulla valuta integrale della cosa, o sulla somma lucrata mediante la oppignorazione. La Corte di Cassazione di Firenze nel caso di argenteria portata al monte dal cameriere stabilì con decreto del 23 gennaio 1855 (*Annali Toscani XVII*, 1, 74) che lo ammontare del furto dovesse misurarsi dal denaro occorso al proprietario per redimere il pegno. Ma chi da questo giudicato volesse trarre una regola generale per stabilire che quando il ladro non vende ma impegna la cosa il suo delitto deve misurarsi sul mero ricavato dal pegno, parmi che errerebbe a partito, e demolirebbe il principio fondamentale sulla misura del tolto, pel quale nella valutazione del furto si cerca quanto *valga la cosa*, e non quanto *ne abbia lucrato* il sottrattore. Le Corti nostre poterono decidere in quella guisa nel caso speciale, perchè ritennero che il servo non avesse avuto l'animo di spogliare il padrone dell' argenteria, ma soltanto di servirsene a procacciarsi quel denaro: nei quali termini su-

bentra la figura del furto d' uso, in ordine alla quale già dicemmo di sopra che non si stima la cosa ma si stima il valore dell' uso indebitamente fattone. Nell'istessa guisa dovrebbe certamente decidersi tutte le volte che il ladro dopo avere rubato ed impegnato restituisse spontaneamente le polizze al proprietario; o quando in una parola consti che non vi era l' animo di appropriarsi la cosa ma soltanto di servirsene a darla in pegno per far denaro con l'animo poi di riscattarla e restituirla. Ma quando di ciò sufficientemente non consti, chi ruba una cosa del valore di cento, ruba cento, e come il suo reato non minora se poscia la vende per dieci così non minora se la impegna per dieci. La divergenza non sta dunque sul determinare *come si stimi* la cosa tolta, ma sul determinare cosa siasi veramente voluto togliere; se cioè la sostanza della cosa o un uso momentaneo della medesima. In questi giorni (maggio **1867**) è accaduto in Lucca un caso singolare che può presentare elegante questione analoga a quanto sopra. Un ricco signore fu approssimato notturnamente da un individuo che gli domandò la limosina. Il signore rispose che non aveva denari. — Lo sconosciuto replicò — dunque mi dia l' orologio, ho fame — e con modi violenti lo costrinse a darglielo. Alla mattina successiva quel signore ebbe avviso da un fornaio che il suo orologio era presso di lui dove era stato impegnato la sera precedente da un incognito per prendere un pane. La questione non è qui quella della scusa per necessità di fame che stimerei ardua a sostenersi fino al punto della scriminazione. La questione è se il furto si debba misurare dal valore dell' orologio o da quel tanto (valore del pane) per cui fu impegnato. E non esiterei a sostenere che si tratta di un furto di 40 centesimi perchè il sottrattore non volle togliere al proprietario la proprietà dell' orologio ma soltanto quell' uso determinato.

§. 2107.

E veramente ci pare che di distinzioni vi sia bisogno. Perchè se in faccia alla scienza ci sembra troppo sfrenato nel senso di rigore il principio formulato dal codice Toscano; pel quale in ultima analisi si viene a dire che il servo non commette mai truffa quando si appropria la cosa del padrone; dall' altro lato vediamo pericoloso il principio opposto che facilmente ridurrebbe a truffa gran parte dei furti domestici se non si procedesse con debite limitazioni. Così troviamo che il supremo tribunale di Vienna (decisione riportata al *n. 640* dell' *Eco dei Tribunali 26 agosto 1856)* dichiarò non furto ma infedeltà la sottrazione che il servo aveva fatto di un oggetto consegnatogli dal padrone per portarlo ad un amico; e troviamo che l' eccelso tribunale veneto (decisione del 15 gennaio 1856, nell' *Eco dei Tribunali n. 610)* dichiarò truffa e non furto il fatto del servo che condotto seco dal padrone nella sua gondola mentre recavasi a visitare un amico e lasciato da quello momentaneamente a custodia della gondola, aveva spinto via la medesima per appropriarsela insieme con tutti gli oggetti che conteneva. Questo ci pare che sia spinger troppo oltre la dottrina della consegna *speciale* valevole a convertire il furto domestico in truffa: perchè la consegna (almeno nel secondo di tali casi) non dava al servo alcuna balìa di contrettare la cosa, oltre il modo prescritto. Colui non aveva licenza di muover la gondola di colà: ne era posto a *guardia,* piuttostochè avere avuto facoltà di farne un *uso qualunque*

e vera *consegna.* Cosicchè divenendo colpevole anche il primo momento della contrettazione bene vi si adattano i caratteri giuridici del furto. Vedasi da questo però quanto sia delicata e difficile la questione con la quale chiudo il presente capitolo.

Articolo II

Modo.

§. 2108.

Il *modo* scelto per commettere il furto funziona come criterio misuratore della quantità del reato o in ragione dell' *audacia* mostrata dal ladro, o in ragione dell' *arte* speciale da lui adoperata per rubare; o in ragione della *violenza* di cui si valse. L' audacia sviluppa il titolo del *furto commesso in presenza del proprietario.* L' arte speciale fa nascere il titolo di *furto con destrezza.* La violenza poi può cadere o sulla *persona* del proprietario, e sorgono i titoli di *furto violento,* di *estorsione,* di *ricatto* e di *pirateria;* o può cadere sulla *cosa rubata* e sorge il titolo di *rapina;* o può cadere sulle *custodie* della cosa involata, e sorgono i titoli di *effrazione,* di *scalamento,* di *chiave falsa.* Tutti questi titoli dimandano particolari osservazioni.

§. 2109.

Questa partita enumerazione delle qualifiche del furto desunte dal modo è il frutto della lenta elaborazione della scienza penale che forse nel suo

ulteriore progresso farà sorgere nuove distinzioni e nuove figure speciali. Negli antichi scrittori, come nelle antiche legislazioni molti dei titoli che andiamo ad esporre si trovano confusamente adombrati. La Carolina (a modo di esempio) con lo articolo 159 e la costituzione elettorale sassonica (*constit. 34, pars 4*) furono infelicissime: perchè l' una e l' altra adottarono come indicatrice di grave qualifica nel furto la formula di *furto pericoloso*. Ciò diede occasione (1) ad infinite divergenze negli scrittori ed a fluttuazioni nella giurisprudenza. Alcuni vollero definire con certi connotati speciali questo carattere di pericoloso nel furto; alcuni opinarono non potersi definire *a priori*, ma dipendere dalle singole circostanze. Alcuni intesero che la legge alludesse al *pericolo personale* e mentre trovarono la qualifica del pericolo nel solo tempo notturno o nella invasione del domicilio, o nella presenza di armi, o nel numero dei ladri, non lo vollero riconoscere nella mera effrazione scalamento o chiave falsa, avvenuta in luoghi non abitati. Altri invece sostennero che la legge qui proteggeva le *cose*, e non le *persone;* e che doveva guardarsi al pericolo delle proprietà più che al pericolo degli uomini; e così trovarono la qualifica dove i primi non la trovavano, e respettivamente non la trovarono dove i primi volevano riconoscerla. Queste incertezze quando hanno origine dalla legge sono perniciosissime perchè ne emerge quella difformità nel punire casi simili, e quella parità nel punire casi difformi che tanto commuove la coscienza pubblica. Non sono dunque tecnicismi pedanteschi ma utilissimi ritrovati, le distinzioni delle scuole moderne.

(1) Questa fluttuanza delle giurisprudenze germaniche sulla interpretazione del pericolo fu lamentata anche recentemente dall' Erhard (*de notione furti pag.* 130) il quale ricorda di aver veduto condannare ad otto anni di ergastolo un uomo che senza circostanze aggravanti aveva rubato tredici imperiali; e condannare poi a soli quattro anni di ergastolo un notissimo ladro convinto di dodici furti tutti notturni, e con effrazione. Ma questa è pur troppo una verità dolorosa che viene rivelata dallo studio delle giurisprudenze penali. I delitti di furto sono quelli che nei diversi casi pratici offrono la maggiore sproporzione, fra castigo e castigo. Forse la cagione di ciò è tale che male si frena dalle leggi, voglio dire il diverso modo di sentire dei giudici intorno ai demeriti del ladro. È indubitato che se i ladri incontrano in generale un' antipatia esagerata non è raro peraltro trovare persone anche pratiche che guardano questo come un lieve delitto, o facilmente si muovono a compassionare chi lo ha commesso sotto la larva della povertà molte volte voluta. Io ebbi un giorno a disputare con un mio collega rinomatissimo il quale mi diceva aver sempre dubitato se veramente il furto potesse dirsi delitto. In quanto al diverso significato attribuito alla formula *furto pericoloso* nella Alemagna vedasi Tabor *Racemationes pag.* 463 — Harpprecht *decis.* 1, *n.* 39, *pag.* 7; *decis.* 7, *n.* 33, *pag.* 56; *decis.* 20, *n.* 31, *pag.* 157 — Bohemer *meditat. ad art.* 159 *C. C. C.* — Clasen *commentar. ad art.* 159 *C. C. C.*

TITOLO I.

Furto commesso alla presenza del proprietario.

§. 2110.

Le diverse opinioni sostenute dai dottori per dare spiegazione del furto *manifesto* dei Romani e del

singolare criterio di penalità trovato da loro nella *sorpresa*, possono ridursi a tre — 1.° La più comune opinione referisce il furto *manifesto* al caso del ladro che sia sorpreso con la roba indosso prima di averla recata *eo loco quo destinaverat:* Gunther *Principia juris Romani pag. 796* — Heils *tractatus criminalis pag. 410;* e questa è la dottrina che incontra maggiori difficoltà per rintracciarne la ragionevolezza — 2.° Vi fu chi lo riferì al caso in cui il ladro fosse stato sorpreso prima che ponesse la mano sulla roba, *quod occursum illi fuerit ad apprehendendum, antequam venerit ad locum destinatum;* e questa interpetrazione si sostenne come la più vera dal Bellapertica nella *Ripetizione in leg. falsus C. de furtis n. 6.* In tal guisa avrebbero i romani punito il furto tentato più severamente del consumato, e cresce l' assurdo — 3.° Altri però insegnarono che il ladro manifesto era colui che aveva rubato sotto gli occhi del padrone, *quem dominus vidit.* Questa interpetrazione che si propugnò da parecchi fra gli antichi repetenti concilierebbe la distinzione romana con i dettati di ragione ed allora nella teorica del furto manifesto troverebbesi il primo fonte della qualifica oggidì generalmente riconosciuta del furto commesso alla presenza del proprietario. Secondo questa dottrina il ritoglimento della cosa al ladro *antequam eam attulerit quo destinaverat* non sarebbe la condizione ontologica del furto manifesto: sarebbe invece la condizione giuridica della *actio furti,* e i dottori avrebbero scambiato supponendo nei vari frammenti ove era cenno del ritoglimento, che invece di esser questo una *mera condizione ad agire* fosse la *condizione essen-*

ziale della qualità di manifesto (1) nel furto. Il furto sarebbe manifesto tostochè il padrone *vide rubare*, e la ragione dello aggravamento romano si troverebbe spontanea nella maggiore audacia del ladro che ruba sotto gli occhi del proprietario: esso avrebbe già incorso la pena del quadruplo essendo per parte sua completo il delitto. Ma il quadruplo non si potrebbe esigere, nè sperimentare l'azione dal proprietario che tranquillamente lasciò compiere al ladro anche la asportazione, perchè allora il furto apparirebbe fatto *sciente et patiente domino.*

(1) Ho già accennato nella nota al §. 2048 varie ipotesi poste innanzi dagli eruditi per rintracciare la causa per cui la sorpresa del ladro fosse pei Romani cagione di pena più severa; ed ho mostrato che nessuna di queste elimina l'assurdo. L'Erhardo (*de notione furti pag.* 127) si ritrae dallo aggredire la difficoltà contentandosi di porre in rilievo l'assurdo. Qualunque fosse (egli dice) la origine e la causa di questa differenza di penalità appo i Romani, certissimo è che il ladro il quale agisce con tanta malizia da occultar sè e la roba sottratta è assai più pericoloso e temibile che nol sia quello esordiente che si lascia cogliere col furto indosso; ed è impossibile che alcuno mai pretenda oggi di rovesciare per lo esempio romano questo criterio di proporzione. E l'Erhard dice benissimo in ciò. Ma appunto perchè l'assurdo è si grande, bisogna concluderne che la intelligenza comune non sia esatta, e che a rendere manifesto il furto non bastasse l'accidentalità che il padrone fosse *sopraggiunto*, ed avesse ripreso la roba: ma propriamente occorresse che il ladro si fosse accinto a rubare sotto gli occhi del padrone. È in questo argomento *ab absurdo* la ragione che mi determina ad accettare la dottrina meno ricevuta circa la nozione del furto manifesto nelle XII tavole, perchè con tale dottrina si purga il dettato romano da una

stranezza inconcepibile, e si coordina invece coi buoni principii di ragione penale. In tale opinione mi conferma il frammento 7, §. 1, *de furtis* dove sull' autorità di Pomponio dicesi — *si cum tibi furtum facerem de domo tua, abscondisti te, ne te occidam: etiam si vidisti furtum fieri, attamen non est manifestum.* Ciò mostra che la qualità di manifesto non si desumeva soltanto dallo *avere il padrone veduto rubare,* ma bensì dallo avere il *ladro veduto il padrone,* ed avere ciò non ostante audacemente rubato in presenza sua.

§. 2111.

Ma sia che vuolsi di questa indagine genetliaca certo è che la qualifica desunta dalla *presenza* del proprietario è fondata in ragione e si coordina alle formule nostre. Come può il possessore a fronte di un temerario che sotto i suoi occhi s' impadronisce delle sue cose confidare nella difesa privata? Qual custodia maggiore può egli adoperare del tenere le cose presso di sè e sotto gli occhi suoi? L' audacia di cotesto ladro è massima; e se non si estrinseca in una vera e propria violenza, indica l' animo preparato ad usarla, o almeno fa supporre al padrone che colui il quale osa cotanto sia pronto a resistergli quando esso voglia impedirlo.

§. 2112.

Trova dunque pienissima giustificazione la regola introdotta in aumento alle aggravanti previste dai codici contemporanei, dal codice Toscano (art. 377, let. *k)* che novera tra i furti aggravati quello commesso in presenza del proprietario. Questa circostan-

za però dove si è introdotta la suddivisione tra furto aggravato e furto qualificato, non è sembrata meritevole di costituire vera qualifica, dandole solo virtù di elevare la pena nella sua *durata* senza cambiarne la *specie*.

§. 2113.

Nello interpetrare la nozione di questa aggravante la giurisprudenza ha concordemente richiesto che il furto sia stato commesso mentre il proprietario trovavasi in tale situazione da poter vedere il ladro nell' atto di rubare (1). Se il proprietario momentaneamente erasi allontanato, od anche per accidentali occupazioni erasi rivolto ad altra parte in guisa che non gli fosse possibile vedere il ladro, la nostra giurisprudenza in questa precaria remissione di vigilanza ha trovato una ragione per escludere lo aggravamento. Tranne ciò, niente influisce che la cosa fosse più o meno prossima alla persona del padrone, purchè egli potesse vederla.

(1) Questa massima è pacifica. E tanto è vero che la ragione di questa aggravante trovasi più nella *audacia* di intraprendere il furto che nella *destrezza* nel consumarlo, che la Corte di Cassazione nel 1859 (*Annali Toscani XXI*, 1, 263, 264) decise non essere aggravato il furto se il ladro al sopraggiungere del proprietario ne aveva desistito. In applicazione di questi principii la Corte di Cassazione di Firenze nel 1854 (*Annali Toscani XVI*, 1, 1008) decise non essere punibile come furto aggravato dalla presenza del proprietario il fatto di chi avendo ottenuta la consegna della cosa dal proprietario asserendo di volerla pagare, la porti via senza effettuarne il pagamento. È stato pure deciso (*An-*

nali Toscani XX, 1, 599) non essere aggravato il furto per la presenza del proprietario se fu commesso mentre il proprietario dormiva. Del resto la stessa Corte nel 1855 (*Annali Toscani XVII*, 1, 1006) giudicò saviamente che decidere sul concorso della presente qualifica era questione di fatto e non di diritto.

TITOLO II.

Furto con destrezza.

§. 2114.

È singolare che mentre il codice Toscano ed altri codici contemporanei fanno del furto con *destrezza* un furto aggravato, le antiche pratiche italiane e germaniche (1) consideravano come meno grave il furto dei borsaiuoli e lo punivano con pene straordinarie e più miti. Anche questa variazione risale a parer mio alla causa che trovammo in tante altre. Fu la pena di morte improvvidamente minacciata contro il furto che costrinse gl' interpetri a trovare delle attenuanti dove noi troviamo delle aggravanti. Di ciò si deve il biasimo ai legislatori, e lo elogio agl' interpetri: ma bisogna concluderne che la teorica del furto non ha sicura guida nelle dottrine dei pratici, i quali la costruirono più col cuore che con la mente, e deve dalla scienza moderna essere rinnovellata.

(1) Pare indubitato che la pena di morte anche nei tempi del maggior rigore contro i ladri non si applicasse mai ai borsajuoli: Mullero *ad* Struvium *syntagma juris civi-*

lis exercit. 48, *thes.* 25, *lit. p.* — Carpzovio *jurisprudentia pars* 4, *constit.* 33, *def.* 7, *n.* 8 — Harpprecht *decisio* 6, *n.* 12 — Berlichio *conclus. pract. pars* 5, *conclus.* 46, *n.* 19. Non si comprende bene il principio giuridico al quale si rannodasse cotesta pratica: ma la medesima è comunemente attestata come vigente in vari paesi dell' Alemagna e se ne adduce a tutto criterio la difficoltà di provare il corpo del delitto. Altri però insegnarono che i borsajuoli si dovessero punire alla pari di ogni altro autore di furto semplice: Heils *tractatus crim. cap.* 6, §. 57. Nè mancò anche fra gli antichi chi sostenne doversi a questa specie di ladri irrogare una pena più severa; e trovo fra questi Farinaccio *praxis quaestio* 157, *pars* 1, *n.* 30. E nello erudito libro del Toselli intitolato *Cenni sul foro Criminale Bolognese vol.* 1, *pag.* 15, trovasi che nell' anno 1317 fu condannata ad essere arsa viva una donna come colpevole di borseggio. Convinta la prima volta di questo reato era stata condannata alla frusta: ricaduta nello stesso reato fu sottoposta alla suddetta pena *ex vigore arbitrii nobis concessi.*

§. 2115.

Già notai di sopra (§. 2024, nota 2) come i Romani, ed i pratici dopo di loro, distinguessero i ladri di che adesso parliamo con nomi particolari (1) secondo la diversa forma con la quale esercitavasi la loro meravigliosa destrezza, ora col mezzo (come in quei tempi credevasi) di arti magiche, ora del taglio delle tasche, ora della semplice agilità delle dita. Questi nomi distinti sebbene qua e là riprodotti anche oggi nel linguaggio volgare non hanno influsso giuridico: oggi comunemente si designano costoro in Toscana col nome di *borsajoli,* ed in altre parti d' Italia la forma del loro delitto chiamasi

borseggio; mentre poi nel linguaggio legale si designa col titolo di *furto con destrezza.* La ragione dello aggravamento ci deve dettare le condizioni particolari del medesimo. Tale ragione sta in qnesto che il borsajolo mostra un rudimento particolare, uno studio, una proficienza, un' abilità, che quantunque perniciosa è spesso mirabile. Ciò da un lato rivela una determinazione a delinquere, nn' abitndine a far mestiero del furto, che porta il dolo al sommo sno grado: e dall' altro lato presenta un pericolo più grave e più esteso in tntti i proprietarii, poichè in faccia a cotesti mariuoli non è più guarentigia bastevole della proprietà nostra il tenerla in dosso e ben riposta nelle nostre tasche. Che se spesso quei mariuoli scelgono a loro vittime i più gonzi e stupidi, talvolta però riescono anche a danno di persone accortissime e vigilanti. Lo aggravamento trova dunque la sua giustificazione in faccia a tutte le scuole (2).

(1) Henriot *moeurs juridiques et judiciaires de l' ancienne Rome tom. 2, pag.* 133 — Langleus *semestrium lib. 8, cap. 4.*

(2) Bisogna però guardarsi dallo accettare come regola assoluta che la maggiore *astuzia* manifestata dal ladro meriti sempre uno aggravamento di pena. Questa formula indefinitamente usata da alcuno è vera soltanto quando la maggiore astuzia del ladro produce l' effetto di rendere inutile la tutela privata delle proprietà. Laonde un' astuzia particolare usata dopo il furto per nascondere le cose rubate non potrebbe tenersi come aggravante.

§. 2116.

Ma appunto per cotesta ragione vengono a pronunciarsi le due condizioni necessarie a tale qualifica — 1.° che il furto cada sopra oggetto *tenuto in dosso* (1) dal proprietario — 2.° che il furto sia commesso con sola *destrezza*. Se il furto cade sovra oggetti che erano soltanto *vicini* alla persona del possessore, ma non sulla medesima, potrà nascere la qualifica della presenza del padrone, ma non quella della destrezza; appunto perchè in tale ipotesi occorre audacia, ma non abilità particolare. Se poi la cosa di dosso al padrone fu tolta non per sorpresa ed arte ma per violenza, sparirà anche una volta la qualifica della destrezza per far luogo ai più atroci titoli di rapina o di furto violento.

(1) Non sarebbe furto con destrezza la sottrazione di un oggetto che si trovasse sopra un animale domestico di nostra proprietà. Questa osservazione mi richiama alla mente una specie particolare di ladri che meritarono provvedimenti eccezionali nell' antico reame di Napoli, e che potrebbero dirsi *pelacode*. Una pragmatica napoletana del 25 gennajo 1597 prese a considerare — ivi — *che in questa fedelissima Città di Napoli da molti si è inventato di andare pelando le code a cavalli per vendere poi i peli di esse a pescatori in grave interesse de' padroni di quelli per essere le code a detti cavalli grandissimo ornamento.* Al seguito di che *con voto e parere del Regio Collateral Consiglio* fu minacciata la pena di tre anni di galera contro — ivi — *qualunque persona che ardisca o presuma di pelare dette code a' predetti cavalli;* raccomandando di più *ai Magnifici Reggitori e Giudici della Gran Corte della*

Vicaria che debbano tenere particolar pensiero della osservanza del presente bando. Quando parlai di sopra del furto della *cosa minima* dimenticai di allegare questo esempio; che davvero non potrebbe trovarsi cosa più minima del furto di un pelo. Vedasi questo bando in Alfeno Vario *pragmaticae sanctiones vol.* 2, *tit.* 85, *pragm.* 4. Questo furto oggi, avendo mancato i nostri legislatori di provvedere alla sicurezza delle code, sarebbe semplice a meno che non si operasse mentre il proprietario è sul cavallo, nel qual caso potrebbe offrire un dubbio la qualifica desunta dalla presenza del proprietario. Vedasi anche la nota 1. a §. 2225.

§. 2117.

È singolare che per una abitudine quasi istintiva del basso popolo tutte le volte che in una fiera o concorso popolare viene sorpreso un borsajuolo nello esercizio del suo mestiero, la plebe gli piomba addosso a malmenarlo di colpi. Pare che questo brutto uso non corra soltanto fra noi, ma anche in Germania, poichè lo veggo riprovato dall' Hommel *rhapsodiae observ. 194*. Appo noi ho potuto verificare che a tale procedimento è spinto il volgo dalla credenza (così mi è stato risposto) che ai borsajuoli la giustizia non fa niente, e però bisogna che il popolo dia loro una lezione. È questa forse la credenza per la quale ho veduto spesso anche persone oneste ridere con indifferenza a tali spettacoli di furie popolari. Utile è dunque che questa foggia di furto sia colpita con pene di qualche durata, perchè poco è a sperarsi dalla correzione di chi avendo sacrificato studi particolari ad erudirsi nell' arte di delinquere trova repugnanza ad abbandonarne le pratiche. Il codice Toscano pei combinati

disposti dell' art. 376, e dell' art. 377, let. *i* e 378, §. 1, aggiunge alla pena del furto semplice un aumento di carcere non minore di un mese, nè maggiore di un anno (1). Il codice Sardo lo prevede all' art. 623 e lo colpisce con aumento di carcere, ordinando che la medesima non possa essere mai minore di un anno.

(1) È però speciale nel codice Toscano che la aggravante della destrezza non la considera. tranne quando il furto sia commesso in luogo e tempo di popolare concorso; cosicchè il borsajolo che accostato un cittadino per via solitaria o nel suo domicilio allegando un pretesto per trattenerlo a discorso gl' involi un oggetto di tasca, incorre l' aggravante della presenza del proprietario ma non quella del borseggio.

TITOLO III.

Furto violento.

§. 2118.

Quando il malvagio che agogna arricchirsi sulla roba altrui sceglie per giungere al pravo fine il mezzo della violenza sulla persona del proprietario, egli indubitatamente dà opera ad un malefizio, che quando anche non abbia recato *effettivi danni* alla persona offesa (lesioni o sconcerti di salute) presenta pur sempre caratteri trascendenti (1) di gravità. In primo luogo vi è sempre la offesa di due diritti, o forse di tre, perchè l' aggressore oltre ad attaccare il diritto di proprietà, manomette come mezzo per lo meno il diritto di libertà individuale, e qualche volta ancora il diritto della integrità

personale. In secondo luogo è innegabile che per cagione di tale mezzo la potenza della difesa privata viene ad essere grandemente menomata e quasi distrutta; onde ognuno sa ed ognuno sente che i furti violenti eccitano massima costernazione e singolare spavento nei cittadini, sì perchè temesi della propria personale sicurezza, sì perchè in faccia alla probabile ripetizione di simili fatti non si trova nella propria vigilanza e nelle forze private guarentigia sufficiente alla tutela delle proprietà. Nel *furto violento* evvi inoltre questo di speciale che la tenuità del tolto (2) fa un giuoco tutto diverso dall' ordinario. Se ne attenua, è vero, il danno immediato e così la quantità naturale del malefizio; ma il danno mediato, e così la quantità politica del medesimo, se ne accresce di tanto di quanto diminuisce il valore del tolto. Anche qui riscontrasi una delle applicazioni che mostrano fallace la teorica della spinta. Come nell'omicidio la levità della *causa* aggrava anzichè diminuire la quantità politica del reato, così nel furto violento la esiguità del valore ne accresce la quantità politica per la maggiore diffondibilità del danno mediato. Se in fatti si eserciti violenza per un lucro di parecchie migliaia di franchi, il maggior numero dei cittadini che non arrivano a possedere tanta somma si tranquillizza nel pensiero che i loro piccoli averi non possano offrire seduzione bastevole a tanta scelleratezza. Ma se invece la violenza si usò per la miseria di pochi franchi se ne spaventano i poveri, e se ne spaventano i ricchi, di facile argomentando potersi fare più alacremente per molto ciò che per poco e meschino lucro fu fatto. Il criterio della violenza è

dunque *assorbente*. Esso riceve, è vero, incremento dal concorso di altre circostanze, come il *numero* dei ladri, la *notte*, le *armi* (3), la invasione del *domicilio*, o simili: ma non tollera modificazione per la tenuità del valore sottratto.

(1) Kock (*institutiones lib.* 2, *cap.* 1, §. 188) opinò che i soli furti violenti dovessero dirsi qualificati. Lo confutò per altro Hommel nella dissertazione *de furto qualificato non armato.*

(2) Cremani (*de jure crim. lib.* 2, *cap.* 7, *art.* 2, §. 2) Carmignani (*Elementa* §. 1507) e Giuliani (*Istituzioni vol.* 2, *pag.* 532) ripeterono che nel furto violento non ha importanza come criterio misuratore la quantità del tolto. Io accetto questa dottrina, ma dico di più che nel furto violento la tenuità del tolto diviene circostanza aggravante come lo diviene nello assassinio la tenuità della mercede.

(3) Sui caratteri della violenza qualificatrice del furto non furono concordi i criminalisti alemanni. Alcuni insegnavano non potersi avere furto violento se i ladri non erano armati: Wernher *observationes tom. II, pars* 9, *obser.* 182, *pag.* 556. Altri invece sostennero non essere al furto violento necessario il requisito delle armi: Leyser *meditationes in pandect. specimen* 535, *meditat.* 11. In questa disputa pare che esercitasse influenza la incertezza della nozione del *furto pericoloso*, sulla quale già dissi al §. 2109 nota. Vedasi ancora Weittenau *consil.* 3, *n.* 49, 50, 51, 52, 53, 54. Dalla confusa nozione della violenza è nata la incertezza nella quale caddero alcuni moderni sul definire il furto commesso al mezzo di cloro, o di datura stramonia, con cui siasi privato dei sensi il proprietario al fine di derubarlo. Alcuni dissero che questo era un caso nuovo. Io niente esito a ravvisarvi un furto violento. Tutte le volte che una forza fisica ha ridotto a niente le forze individuali del proprietario onde impedirgli di opporsi al furto, ed il fine si è per tal

guisa raggiunto, io non veggo come possa dubitarsi del concorso di una violenza. La fisica azione del cloro e della datura non differisce sotto il punto di vista giuridico dalla azione fisica della fune con la quale il proprietario siasi legato: e sì l' una che l' altra di tali forze paralizzatrici della potenza di resistere sono state poste in esercizio dalla mano del ladro a fine del furto.

§. 2119.

Ebbero dunque buona ragione tutti i legislatori se si mostrarono specialmente severi contro il *furto violento;* ma in questa severità si venne ad eccesso quando si conservò contro il furto violento la pena di morte. Ciò nelle antiche leggi altro non era che l' applicazione di un falso principio generale, per cui il reato di furto purchè si aggravasse di poco era colpito dello estremo supplizio. Ma poichè la civiltà e la scienza ebbero fatto riconoscere codesto errore nella generalità dei furti, fu errore più grave eccezionare nella abolizione della pena capitale i furti violenti, per quanto la eccezione si limitasse al concorso di altre circostanze aggravanti, come nell' art. 381 del codice Francese, e nella legge toscana del 1816. Ciò fu una ingiustizia ed uno sbaglio politico. Fu una ingiustizia perchè si vennero a punire ugualmente di morte due delitti immensamente disuguali fra loro, quanto lo sono la uccisione e la violenza a fine di rubare: fu uno sbaglio politico perchè si diminuì per tal guisa la privata sicurezza spingendo i ladri violenti alla uccisione del proprietario (1).

(1) Vi vuol poco a comprendere quanto sia potente in un ladro che scese alle violenze contro il proprietario lo inte-

resse di distruggere il testimonio che potrà riconoscerlo in faccia alla giustizia, per non sentire il bisogno di arrestare la mano micidiale con un rincaro di pena. Ciò non fu veduto dai legislatori francesi del 1810 che all' art. 381 punirono di morte nel concorso di altre aggravanti il furto violento. Lo compresero i riformatori del 1832 che nel nuovo art. 381 sostituirono alla pena di morte i lavori pubblici a vita. Ma questo non servì ad impedire che in Lucca, dove si mantenne il codice francese del 1810 fino al 1848 in tutta la sua feroce purità, si decapitassero nel 1846 in un sol giorno cinque rei di furti violenti che non avevano tolto la vita a nessun proprietario. Vizioso sempre accettare una legislazione da paese straniero; ma imperdonabile la ostinazione di non correggerla quando lo straniero da cui l'abbiamo accattata ha creduto doverla egli stesso correggere.

§. 2120.

La *violenza* si costituisce così dall' uso di forza fisica, come dall' uso di forza morale: tanto è che siasi afferrato il proprietario, rinchiuso in una stanza, o percosso, o cinto di legami perchè non impedisca il furto; tanto è che al medesimo fine si sia posta una pistola al petto di lui od in altro modo siasi voluto spaventare: sul che è da notarsi che la violenza si giudica piuttosto obiettivamente che subiettivamente. Se (a modo di esempio) si minacciò con una pistola che fosse vuota, la violenza rimane pur sempre; poichè il proprietario minacciato, ignaro della innocuità di quell' arme, dovette spaventarsene. La giurisprudenza su questo proposito ha usato di una interpetrazione larghissima (1) applicando i titoli di furto violento e di estorsione anche dove la minaccia non era esplicita, o non conteneva realtà

di pericolo, purchè in fatto avesse commosso l'animo del proprietario per guisa da indurlo a patire il furto senza resistenza.

(1) Di tale larghezza mi piace ricordare uno esempio. Un celebre masnadiero denominato *Stoppa* infestava le campagne toscane ed era il terrore della nostra maremma per le moltissime stragi da lui commesse. Si giunse finalmente ad arrestarlo, e la giustizia di Dio lo colse nella prigione prima che lo colpisse la giustizia degli uomini. Ma intanto che egli stava nel carcere, un malandrino si presentò solo e senza armi alla casa di un proprietario di campagna. Introdottosi a parlare in privato col padrone gli disse queste sole parole: *io sono Stoppa, sono fuggito dal carcere, ed ho bisogno di danaro.* Niente di brusco nei suoi modi, i quali anzi furono affettatamente cortesi. Il proprietario gli diede un cento di lire, ma il malandrino con un' altra reverenza osservò che gli erano poche, e il proprietario dovette dargliene quante ne volle. Scoperto ed arrestato costui, nacque grande disputa nei nostri tribunali sull' argomento della violenza. Il proprietario ne escludeva qualunque accenno, ma soltanto depose di essersi trovato tutto compreso da terrore nel pensare che egli era alla baìa di quel famoso masnadiero. La maggioranza ritenne il concorso della violenza così subiettiva come *obiettiva:* subiettiva perchè ritenne che il colpevole si fosse dato il nome di *Stoppa* a bella posta per incuter terrore: *obiettiva* perchè realmente era riuscito ad intimidire, e con la intimidazione commettere il furto. Questo esempio ritrae nei suoi ultimi termini il criterio della violenza.

§. 2121.

La violenza incontra naturalmente un subalterno criterio misuratore nella maggiore o minore gravità degli effetti che essa abbia recato a detrimento

della persona. Più grave se produsse lesioni o sconcerti nella salute; e tanto più grave quanto più serii furono cotesti danni. Finchè peraltro i medesimi non giungono alla strage del proprietario sicchè ne sorga il titolo di latrocinio (§. 1190) il reato non muta mai classe: rimane il titolo di furto qualificato dalla più grave fra le qualifiche in ragione dello attacco ai diritti personali che gli è servito di mezzo; ma non si considera mai che il mezzo superi il fine, perchè se volesse osservarsi a ciò vi sarebbe una continua fluttuanza di titolo; cosicchè per altra differenza col latrocinio la consumazione (1) del furto violento non si raggiunge con le sole violenze, ma col rubare.

(1) Esercitate le violenze sopra il passeggiero al fine di rubare a suo danno, se avviene poscia che i malandrini non trovando in dosso a quello che pochi soldi lo lascino senza prendere neppure questi, si avrà o no il titolo di tentativo punibile? Si potrà dire che in quanto alla somma che non esisteva nelle tasche del passeggiero il tentativo manca nei suoi elementi per la non esistenza del soggetto passivo? Si potrà dire che in quanto al denaro che il passeggiero aveva, il tentativo non è punibile perchè rimasto tale per libera volontà del colpevole? L'uno e l'altro aveva affermato la camera delle accuse di Modena. Ma il Procuratore del Re avendo attaccato il decreto avanti alla Corte di Cassazione di Torino, questa con sua sentenza del 6 febbraio 1866 inserita nel giornale la *Legge n.* 43 del 1866, cassò il decreto, e dichiarò che ai termini dell'art. 96 del codice Sardo esiste tentativo punibile di grassazione ancorchè il viandante non abbia denari in dosso. La Cassazione ritenendo il tentativo sanzionò a mio credere un errore giuridico renduto necessario dal linguaggio del codice Sardo. Aveva errato la Camera di accusa rinviando gl' in-

quisiti da ogni persecuzione penale. Il tentativo mancava degli elementi giuridici per la più ricevuta dottrina e per le distinzioni che esposi nel mio opuscolo *Conato complicità pag.* 56, 59; ma il fatto restava punibile come violenza contro le persone.

§. 2122.

È chiaro da ciò che la violenza può senza dubbio esser *tacita*, e vale l' istesso. Ma potrà egli riconoscersi una qualifica nella violenza *presunta?* Per regola io persisto a non ammettere in penale la parificazione del *presunto* al *tacito:* ammetto però che la violenza presunta possa in qualche caso costituire un' aggravante per disposizione speciale di legge, purchè la pena non si elevi mai alla pari di quella sancita contro il furto violento. Di ciò ne trovo due esempi che mi paiono meritevoli di essere a questo luogo notati.

§. 2123.

Il primo esempio è nella delazione di armi palesi o nascoste per parte del ladro. Quando la violenza fu realmente esercitata, l' arme (come ho detto) potrà essere un' aggravante della qualifica. Quando fu brandita sarà un elemento di violenza *tacita,* da equipararsi alla espressa. Ma quando il ladro altro non fece che delare l'arme (1), troppo si correrebbe se in ciò si volesse tosto trovare un criterio di violenza. È vero che lo essere il ladro munito di arme fa sospettare un pericolo che possa corrersi dal padrone in caso di sorpresa; ma non può ammettersi la induzione che se il ladro aveva seco un' arme,

dunque *aveva in animo* di usare violenza. In primo luogo non è accettabile questo ragionamento se volesse adeguarsi l' animo di usare violenza con la violenza realmente usata, assimilando in tal guisa la mera intenzione (ed anche la intenzione supposta) al fatto materiale che solo forma l' oggetto delle sanzioni penali. Inoltre è fallacissima cotesta argomentazione, o per lo meno abbisogna di molteplici distinzioni. Bisogna distinguere se l' arma era tale da mostrare che il ladro se ne munì con apposita determinazione, o tale invece che ei la recasse seco per abitudine, o per qualche sua occorrenza, come avviene spesso di un fucile o di un'arnese rusticale. Bisogna distinguere se il furto fu preordinato o nacque per occasione imprevista, come nella ipotesi di un cacciatore che girando in cerca di preda vegga una casa aperta, e vi entri e prenda un qualche oggetto. In una parola io penso che costituire della mera delazione di un' arma una qualifica costante del furto senza il concorso di altre circostanze, sia cosa piena di grandi pericoli per la giustizia.

(1) Ho già notato di sopra come rimanessero confuse in Germania per le antiche costituzioni la nozione del furto *violento*, e del furto *pericoloso*. La denominazione di furto pericoloso si era mantenuta dal codice di Baviera del 1813 all' art. 221 che lo applicava alla banda, alla effrazione, alla chiave falsa, alla scalata, e alla presenza d'armi, invasione notturna di domicilio, e rottura di sigilli pubblici. La conserva pure il codice di Baden al §. 581 che la applica a casi simili aggiungendovi quello in cui il ladro si fosse introdotto in un luogo tale che essendovi sorpreso non si sarebbe potuto involare. Da ciò è chiaro che in sostanza il concetto di

tale qualifica è quello di una violenza *presunta*, o piuttosto *intenzionale*, in quanto si ritiene che il ladro siasi accinto al furto nel preconcetto di usare violenza. Su tale idea parmi che in generale si ragionassero le sanzioni che della sola delazione di armi costituivano la violenza: poichè ben altro è dire che del furto violento la delazione o l'uso di armi sia un'aggravante ulteriore (lo che è iutuitivo) e ben altro è dire che la presenza di armi renda violento il furto anche dove violenza non fu di fatto adoperata. Molti negarono che il solo possesso di un'arme bastasse a qualificare il furto, e distinsero tra furto *cum gestatione armorum* e furto *armata manu:* Harpprecht *decis.* 1, *n.* 58 *et seqq.: et decis.* 21, *n.* 15. Ma parecchi statuti procederono senza distinzione a considerare come elemento di violenza per parte del ladro il possesso di armi; e il codice Austriaco §. 174, l. parifica alle armi gli *strumenti pericolosi all' altrui sicurezza*. Allora fu necessario introdurre delle distinzioni; e così fu detto che sotto tale qualifica non cadesse il ladro quando sorpreso dal proprietario si era munito di armi trovate sul luogo: Nissen *de furto armato pag.* 5, §. 2; sul che peraltro dissentiva l'antica pratica toscana: *Annali Toscani XIII*, 1, 842. Così dovette dirsi che l'uso di arme non qualificava il furto di animali commesso nel parco altrui (Harpprecht *consil.* 28, *n.* 24 *et seqq.*) perchè l'arme era strumento necessario a commettere il furto uccidendo gli animali. Vedasi Niccolini *questioni di diritto part.* 2, *cap.* 9.

§. 2124.

Un altro esempio di violenza presunta lo trovo nel codice di Malta all' art. 256, n. 6, dove si aggrava la pena del furto quando sia caduto sopra oggetti che recava in dosso un fanciullo al disotto di nove anni. Evidentemente questa disposizione non s' ispira ad altro concetto tranne quello della

violenza presunta. Il legislatore maltese vide in simile fatto un abuso di forza quantunque violenza reale non si fosse usata, e lo punì coi lavori forzati da sette mesi a due anni. Ripeterò peraltro a questo proposito le osservazioni da me fatte nell' argomento della violenza carnale al §. 1493; con questa avvertenza però che la reluttanza fisica del bambino avverso chi lo spoglia delle vesti o degli oggetti che reca in dosso può con facilità presumersi, meglio assai che la resistenza a carezze che lo allettano.

§. 2125.

Una questione che ha diviso le opinioni dei giuristi sorge nel caso della violenza che il ladro abbia adoperata quando sia stato sorpreso dal proprietario nell' atto dell' asportazione delle cose involate. Molti aderendo al rigore dei principii sostennero che dovendo ormai riconoscersi la consumazione del furto nella sola contrettazione, il ladro che già si allontanava col bottino in dosso se fu colto per via e resistè al proprietario non potè aggiungere una qualifica al delitto già compiuto, essendo repugnante che un reato si qualifichi per un accidente posteriore alla propria consumazione. Altri osservò ancora che il più delle volte questa resistenza in caso di sorpresa procedeva dal timore per parte del ladro di esser vittima di offese, o consegnato alla giustizia. Laonde concludevano doversi giudicare i due fatti distintamente: punirsi cioè come due delitti separati il furto senza la qualifica della violenza, e la violenza successiva come delitto contro le persone secondo la sua speciale gravità.

Forse in faccia alla verità ontologica questa dottrina era più esatta. Ma generalmente prevalse (1) una distinzione: e si disse che il furto dovesse punirsi come violento anche quando la violenza era avvenuta dopo lo impossessamento, tutte le volte che resultasse essersi la medesima usata dal ladro per il fine di mantenersi nel possesso delle cose rubate. Diversamente doversi dire quando da altra cagione o per altro fine il ladro avesse usato violenza contro il proprietario. E questa fu la opinione accolta dal codice Toscano all' art. 389 lit. *b*.

(1) Un giudicato della Corte di Cassazione di Torino del 1 ottobre 1866 in tema della grassazione prevista dal codice Sardo agli art. 596 e 600, ha stabilito una massima che in generale sarebbe accomunabile a tutti i furti violenti: cioè che per incorrere in quel titolo deve constare essersi i ladri recati a rubare col preordinato divisamento di usare violenza nel caso che fossero stati sorpresi. Altrimenti se i ladri al sopraggiungere del proprietario usarono violenza contro di lui, doversi ritenere che la violenza fosse usata (quantunque asportassero gli oggetti) al fine di difendere le proprie persone, e non di commettere il furto. Questa dottrina presa in senso assoluto può sembrare ardita e pericolosa: e per lo meno devìa dalla dottrina pratica comune. Che non possa obiettarsi la qualifica di violento al furto se la violenza non fu usata *al fine* di appropriarsi le cose altrui, è regola apodittica. Che quando alla violenza si fecero dai ladri *preparativi anteriori* si debba ritenere che la violenza fosse preordinata come mezzo al furto, è parimente una regola comprovata dalla logica congetturale. Ma che questa ultima regola possa rovesciarsi e stabilire che la violenza commessa per moto improvviso e per impreveduta sorpresa non qualifichi mai il furto, può essere argomento di grave disputa. Certo è che tale questione riducesi ad una apprezzazione *di fatto*, e la

scienza quando ha detto che la ***rissa*** nata ***ad occasione*** del furto non lo rende violento tutte le volte che ebbe causa diversa dallo intendimento di consumare la asportazione, ha esaurito il suo compito e bisogna che lasci alla prudenza del giudice la valutazione delle contingenze che conducono all'applicazione della regola. Così trovo a tal fine portati in calcolo eziandio la indole irascibile del ladro, la nimistà, e la tenuità della cosa involata come argomenti esclusivi del furto violento. Così la Corte di Cassazione nel 22 settembre 1855 (*Annali Toscani XVII*, 1, 901, 902) decise che quando il proprietario oltre le cose a lui involate dal ladro volesse togliergli altre cose che erano di sua pertinenza, si deve presumere che il colpevole usasse violenza per mantenersi in possesso delle cose proprie e non dell'altrui. È poi chiaro che la violenza deve essere esercitata contro il proprietario od altri che legittimamente procedono al recupero: se i più ladri vengono a rissa tra loro nel reparto delle cose furtive, quantunque sia ***violenza usata per mantenersi in possesso***, non sorge il titolo di furto violento.

§. 2126.

Del resto è pacifico fra i dottori che il furto violento non si elimini per la circostanza che il ladro avesse odio o grave nimistà contro il derubato, e dica che se rubò per avidità egli percosse però per vendetta e non per facilitare il furto. È intuitiva la ragione che respinge cotesto sistema defensionale: la qualifica si desume dal *mezzo* e non dalle accidentalità dell'*animo* dell'agente; e così le condizioni ontologiche assorbiscono le considerazioni ideologiche. Trovo soltanto nei pratici che si è avuto un riguardo nella punizione quando il furto violento era commesso dal marito a danno dell'adultero da lui sorpreso in flagranti (1).

(1) Sulle conseguenze civili di questa contingenza vedasi Hommel *rhapsodiae observat.* 795.

§. 2127.

Il furto violento si punisce dal codice Toscano con la casa di forza che può estendersi (art. 390) da otto anni fino all' ergastolo secondo le accessorie circostanze che lo accompagnarono o la gravità dei resultati della violenza. Al codice Sardo non è possibile tener dietro in questo argomento, perchè con le due nozioni della *depredazione* e della *grassazione,* create dal medesimo in guisa che non trova accordo in nessuna scuola, mescola insieme le varie forme di furto che in questo capitolo esponiamo, per guisa che non offre modo di combinarle con le configurazioni più generalmente ricevute nelle nostre scuole.

Titolo IV.

Estorsione.

§. 2128.

Se la parola *estorsione* si prendesse nel suo significato volgare noi vi troveremmo soltanto un *nome* del furto violento senza vederne sorgere una distinta fisonomia giuridica. Infatti nel comune linguaggio si applica il nome di furto a colui che *piglia da sè:* e se per pigliare più liberamente usa violenza al proprietario, si dice violento il furto; laddove la *estorsione* si ravvisa quando il ladro in-

vece di *pigliare da sè costringe* il possessore a *dargli* la cosa. Ora comprende ognuno come fino a tanto che tutta la differenza sta nel *pigliare o farsi dare*, ma la *contrettazione* della cosa è *contemporanea* alla violenza esercitata, sia impossibile trovare una ragione giuridica per tener separate le due ipotesi e farne due titoli distinti. Tanto è che il ladro mentre porta la mano nella mia cassa m'impedisca con una pistola impugnata di respingerlo; tanto è che con la pistola alla mano mi sforzi a prendere io stesso nella mia cassa il denaro e farne a lui la consegna. Non è dunque in codesto senso che può dal giurista concepirsi la figura della *estorsione*.

§. 2129.

La *estorsione* nel senso giuridico odierno (1) tragge i caratteri della sua specialità da uno *intervallo di tempo* che debba trascorrere (sia pur breve) fra la minaccia di un male e la sua esecuzione, oppure fra la minaccia del male e lo impossessamento della cosa. Per aver furto violento bisogna che il ladro abbia detto o *dammi la cosa o ti uccido*, oppure abbia con la forza fisica costretto a darla: per avere la estorsione bisogna invece che il ladro abbia detto o *dammi la cosa o ti ucciderò, o vado a bruciarti la casa*, o simili, oppure abbia detto *prometti di darmi la cosa o ti uccido*. In una parola il male *imminente* e la contemporanea locupletazione costituiscono il furto violento: il male *futuro* o la locupletazione *futura* costituiscono la estorsione. La ragione della differenza sta dunque in questo, che quando il male minacciato è *imminente* e la con-

trettazione è contemporanea il medesimo è sempre inevitabile, e bisogna dare o patirlo: quando invece il male è *futuro* o futura la perdita della proprietà, vi è un intervallo di tempo che lascia possibilità di evitare il male minacciato senza perdere la roba. È perciò che nella più esatta nozione della estorsione al male futuro minacciato alla *persona* si equipara il male imminente minacciato alle proprietà, appunto perchè non è mai tanto inevitabile quanto quello che si minaccia allo individuo dalla mano sovrastante del malfattore.

(1) La estorsione se si cerca nel diritto romano fa capo al *crimen vis:* e questo dà occasione alle note dispute circa al criterio di sceveramento della *violenza privata* dalla *violenza pubblica*, del quale già parlammo addietro al §. 1560, e dovremo ancora tornarvi quando parleremo della violenza pubblica. Questa idea fu riconosciuta anche dalla Carolina art. 128 e 129: e influì ancora sopra alcuni codici moderni, come sull'Austriaco al §. 98 let. a, pel quale si è introdotta la formula di *violenza pubblica a mezzo di estorsione*. Al nostro modo di guardare le specie criminose repugna codesta formula, e adottiamo invece la opposta di *estorsione al mezzo di violenza*, che ci pare più esatta perchè veramente la violenza è il *mezzo* e la estorsione è il *fine*. Laonde secondo il metodo della scuola di Carmignani classando sempre i reati secondo il *fine* tranne quando incontrisi *prevalenza* di gravità obiettiva nel *mezzo* sopra il *fine*, noi collochiamo la estorsione fra i delitti contro la proprietà quando si consumò al mezzo di *violenza privata*, lo che è il caso più ordinario; salvo poi quando fosse commessa al mezzo di *violenza pubblica* a rispettare la prevalenza del mezzo sul fine referendo il fatto ai delitti sociali, e precisamente al titolo di *violenza pubblica*, perchè nel *mezzo* vi è l'attacco di un *diritto universale*. Così la classazione

nostra e la definizione delle fisonomie dei diversi reati è coordinata sempre ad un principio costante di metodo che risparmia molte incertezze ed un numero grande di equivoci.

§. 2130.

Tale è la nozione che ci dà di questo titolo il codice Toscano (1) all' art. 393. Ivi alla lettera *a* contempla la forma di estorsione che consiste nella minaccia di un male imminente, ma con la quale invece di costringere a dar tosto il denaro si costringe invece a firmare una obbligazione o consegnare un documento qualunque dispositivo di diritti patrimoniali: ma questa prima forma non offre nel codice Toscano che una diversità puramente nominale, perchè il fatto è punito alla pari del furto violento. Al contrario alla lettera *b* contempla la più propria estorsione, facendo il caso che sia futuro il male minacciato alla persona, oppure siasi minacciato soltanto un grave danno patrimoniale, oppure si sia simulato un ordine dell' autorità per costringere altri a dar danaro od altra roba; e questo fatto punisce con la casa di forza, ma in quantità minore di quella inflitta al furto violento. È chiaro per la lettera di quell' articolo che la violenza esercitata onde costringere a firmare un documento *probatorio* (2) che non contenga disposizione di beni patrimoniali, non è dal medesimo contemplata e rientra nel mero titolo di violenza privata.

(1) La nozione di questo delitto in faccia al codice Sardo bisogna rilevarla combinando gli articoli 601 e 626, i quali entrambo prevedono il caso di un lucro estorto mediante

eccitamento di timore, mentre il primo ne fa nascere il titolo di *estorsione* e il secondo quello di *frode.* E la conciliazione e definizione dei due distinti casi bisogna desumerla dalla diversa natura del timore incusso, che per avere la estorsione deve referirsi ad uno dei mali accennati nell' articolo 601, od analoghi a quelli, mentre lo eccitamento di altri timori vani od immaginarii non costituisce che la frode. Perciò la Corte di Cassazione di Milano il 1.° agosto 1865 annullò come incompleta la dichiarazione dei giurati che rendeva costante essersi estorto denaro *con modi atti ad incuter timore,* e la sentenza che a tale dichiarazione aveva applicato il titolo e la pena della estorsione quantunque il verodetto non specificasse quel timore e quei modi che essenzialmente si esigono a costituire la estorsione.

(2) Se la intimidazione avesse per fine di estorcere uno scritto che senza portare obbligazione patrimoniale servisse ad offendere l' *onore* dello scrivente, parmi chiaro (checchè opini Carnot *code pénal art.* 400, §. 7) che il titolo di estorsione non sarebbe applicabile. Avremmo una violenza privata e niente di più.

§. 2131.

Questo delitto è assai frequente tra noi e la sua forma ordinaria si verifica in lettere anonime scritte con ordine di depositare denaro od altro in certi luoghi designati, sotto la comminatoria di gravi danni qualora non si obbedisca. Per la nostra giurisprudenza questo delitto è peraltro nel novero di quelli alla consumazione dei quali si esige la cooperazione del paziente: perchè se lo intimato non si imponga della minaccia, e malgrado quella si ostini a non dar niente, o ricorra alla giustizia, si applica il titolo di estorsione *tentata* (1).

(1) Le Corti di Toscana hanno sempre applicato il titolo di *estorsione tentata* anche quando il minacciato aveva fatto il deposito al luogo ordinato dopo avere avvertito la polizia, che aveva procurato l' arresto dei malfattori prima che potessero impadronirsi del denaro. Così fu giudicato dalla Corte di Appello di Firenze il 13 novembre 1863 e sempre. In uno di questi casi accadde una specialità che mentre dimostra la dabbenaggine dei nostri agenti di polizia suscita una questione di diritto. Gli agenti della forza furono nascosti in buon numero presso il luogo destinato al deposito; ma in cambio di collocarvi un involto di denaro vi posero un sacchetto pieno di rena. L' operazione andò fallita per altre imprudenze: ma facendo la ipotesi che il colpevole fosse stato arrestato nell' atto in cui aveva preso quel sacchetto (supponendolo tanto stolido da non accorgersi che quella era rena) noi ci dimandammo se fosse stato possibile condannarlo come reo di *estorsione consumata*. Stimo evidente che nò, per le teorie generali della consumazione. Opino di più che neppure il *tentativo* di estorsione si fosse potuto adattare a quel caso. Si aveva una *minaccia con ordine* o una *violenza privata* condotta alla sua consumazione, e punibile come tale. Ma gli atti successivi allo invio della lettera mancavano di soggetto passivo. Tutto ciò che si riferiva alla lettera cadeva sul *soggetto passivo dell' attentato*, cioè sulla persona; e così non poteva dare elemento che ad un *conato remoto*, che naturalmente si assorbiva nel titolo speciale già consumato. Gli atti costituenti il *conato prossimo* incominciavano da quelli che si dirigevano sul *soggetto passivo della consumazione*. Ma questo (che doveva essere in rapporto al titolo di estorsione il denaro da carpire) non era mai esistito.

§. 2132.

Così la estorsione completa la nozione della minaccia che già svolgemmo a §. 1573 e segg. e presenta il progresso giuridico della azione criminosa

che si esercita sull'altrui libertà. Quando *senza proporsi alcun altro fine* tranne quello d' atterrire s'intima ad altri un male ingiusto si ha la *minaccia semplice*. Quando si minaccia ad altri un male *futuro per indurlo* a fare o non fare una qualche cosa che non *arrechi lucro* al minacciante si ha la *minaccia con ordine;* e se la minaccia è *anonima* si ha lo *scopelismo*. Quando con la incussione del timore *si è indotto* altri a fare o non fare o patire una cosa che non rechi lucro al minacciante, si ha la *violenza privata*. Quando con la minaccia di un male *imminente* si è costretto altri a darci una qualche cosa per veduta di *lucro*, si ha il *furto violento*. Quando finalmente per veduta di *lucro* si è minacciato un male *futuro* onde costringere a darci *tosto*, o si è minacciato un male imminente per ottenere una promessa od una dazione *futura*, si ha la *estorsione* (1).

(1) In proposito della estorsione è nato il dubbio se la regola che non vuole punibile il furto commesso dal figlio a danno del padre si debba estendere eziandio alla estorsione ed al furto violento. Comunemente il dubbio si risolve nel senso che i rapporti di filiazione non valgano a togliere la criminosità di un fatto nel quale benchè l' ultimo fine del colpevole sia un attacco alla proprietà, il mezzo scelto si estrinseca in un attacco alla persona. Direste voi (osserva benissimo Rauter *traité du droit crimin.* §. 524) che il parricida non è punibile quando agisca per fine di furto?

§. 2133.

Del pari che il furto violento la estorsione non esaurisce la sua oggettività giuridica nella offesa alla libertà individuale, ma bensì nella offesa al *di-*

ritto di proprietà, poichè in questa classe si novera. Tale criterio è importantissimo per distinguere il momento della *consumazione* dal semplice *tentativo*. La estorsione non è consumata finchè la proprietà non è lesa; e così rimane una semplice estorsione tentata qualunque intimidazione che non raggiunse lo effetto dello spoglio del proprietario. Se per quanto la intimidazione fosse grave il proprietario niente diede o a niente si obbligò, sia perchè ricorresse all' autorità, sia perchè si trincerasse nel suo proprio coraggio, la estorsione resta sempre nell' ambito del mero conato. Allora intorno alla punibilità di tale conato sorgeranno le quistioni relative alla idoneità o inidoneità dei mezzi adoperati, per concluderne secondo i principii generali del conato o che la insufficienza dei mezzi intimidatorii essendo meramente *relativa* lo attentato è punibile, o che tale insufficienza essendo *assoluta* spariscono i caratteri del conato punibile, e la giustizia non può colpire che i soli mezzi adoperati in quanto i medesimi offrano un titolo per sè stante di criminosità. Questi principii sono certi; e le difficoltà non lievi che s' incontrano nelle loro pratiche applicazioni dipendono tutte dalla apprezzazione delle circostanze. Certo però si è che il delitto mancato non è possibile a configurarsi in questo maleflzio perchè sempre il non raggiunto effetto si connetterà con i *mezzi* adoperati dal colpevole. Quando però la promessa fu estorta, ottenuto il documento, e simili, il delitto è consumato; nè cessa di esserlo se per successivi impedimenti il documento ottenuto non arreca al malfattore quei benefizi pecuniarii che egli agognava ottenere.

§. 2134.

Nella estorsione che si eseguisce per mezzo di lettere minatorie può nascere il dubbio se il reato si consumi col *fatto della vittima di depositare*, od abbia ancora bisogno del *fatto della apprensione* per parte del colpevole. La importanza di questo dubbio si scorge in due ipotesi:

1.° Tizio con lettera che minacciava morte od incendii, intimò Cajo a depositare cento lire in un dato luogo; luogo però (notisi bene) che non era nel possesso (1) di Tizio; e Cajo intimorito eseguì il deposito. Ma il caso portò che un terzo colà capitato trovasse il deposito e se lo appropriasse, sicchè quando Tizio recossi a cogliere il frutto del suo delitto niente trovò. Avremo noi perchè consumato lo spoglio una estorsione consumata; o perchè non eseguita l'apprensione, una estorsione tentata? Io sarei di questa seconda opinione, perchè la consumazione io veggo non nel deposito, ma nella apprensione, fino alla quale il colpevole era in grado tuttavia di pentirsi nè ancora aveva operato lo impossessamento della cosa altrui nel quale sta il momento consumativo per criterio generale di tutti i reati contro la proprietà.

2.° Ora supponiamo in realtà il pentimento, e crescono le difficoltà. Cajo aveva eseguito il deposito, intimidito dalla lettera minatoria di Tizio; ma questi pentitosi non andò a toglierlo di là; quel deposito rimase là per vario tempo; poi cadde in mano di un terzo; o lo riprese lo stesso Cajo; o pongasi ancora che Tizio pentito avvertisse Cajo con altra

lettera affinchè ripigliasse il suo. Il dubbio nasce intorno agli *effetti del pentimento* in faccia alla regola che insegna non doversi punire il conato rimasto tale per resipiscenza del colpevole. A me sembra che la regola si debba rispettare, e non più parlarsi di punire la estorsione tentata: ma quel pentimento non avvenne *rebus integris*, perchè già la libertà individuale era stata compressa ed obbligato per timore Cajo a far cosa che non avrebbe altrimenti voluto. Dunque una *violenza privata* era consumata quando il delinquente si pentì; e questo titolo si può tranquillamente applicare con irrogazione della sua pena ordinaria. Il pentimento cadde intorno alla offesa alla proprietà: in quanto alla offesa alla libertà il pentimento venne tardi perchè già consumata (2).

(1) Dico in luogo che non sia nel possesso del colpevole perchè se lo fosse non avremmo neppure i termini di una questione. Il possesso di una cosa si quesisce in virtù dell' animo proprio, ma anche mediante l' atto corporale che altri faccia per noi. Quando il proprietario per obbedire alla mia intimazione ha portato nella mia casa l' oggetto richiestogli questo è ormai venuto nel *mio possesso:* e vi è venuto per effetto della mia azione criminosa. La estorsione allora è consumata, nè si può andar cercando se io dopo ottenuto l' intento di avere quell' oggetto in casa l' ho lasciato là senza servirmene per mesi ed anni: ciò è indifferente tostochè allo spossessamento del padrone ha corrisposto lo impossessamento mio. Tale divario influisce ancora sullo svolgimento ulteriore della ipotesi rispetto al terzo che sopraggiunga. Se il deposito era fatto in luogo non posseduto dal colpevole il terzo che vada ad appropriarselo non è reo che del *furto di cosa smarrita* perchè il proprietario ne avea abdicato il possesso e lo estorquente non lo

aveva ancora acquistato col corpo. Ma se invece il deposito fu fatto in luogo da me posseduto, il terzo che lo involi prende cosa che già era nel mio possesso, ed è responsabile di furto proprio. Non occorre dire che nella nozione del furto è indifferente rispetto al ladro cercare la genesi del possesso nel possessore che ne fu spogliato.

(2) La giurisprudenza sul codice Sardo sembra spingere anche più oltre la cosa. Infatti un giudicato della Corte di Cassazione di Milano del **12** luglio **1865** sembra stabilire che la lettera minatoria quando non sia susseguita da un effettivo collocamento del denaro nel luogo prescritto e dalla successiva apprensione del denaro per parte del colpevole, non solo non costituisca la *estorsione consumata*, ma di più che neppure ne sorga il titolo di *estorsione tentata*. Questa soluzione nasce spontanea dal confronto dell' art. 601 con l' art. 431. L' art. 601 definisce la estorsione, e quantunque nella nozione della medesima con le parole *chiunque avrà estorto*, designando evidentemente la consumazione del reato nel conseguito fine, lasci quello sotto il dominio delle regole generali per le quali il tentativo sarebbe punibile come tale; pure avendo lo stesso codice all' art. 431 previsto con speciale disposizione la lettera minatoria non susseguita da effetto come un reato *sui generis* in sè completo, ne consegue che la regola generale debba tacere. Quando infatti ciò che per i generali principii esaurirebbe i termini di un tentativo punibile (come è la lettera minatoria rispetto alla estorsione) ha incontrato dal legislatore una contemplazione ed una punizione speciale come *fatto di per sè stante*, non è più possibile ammettere che esso lo voglia ancora punito come tentativo, risultandone l' assurdo della superfluità dell' articolo.

§. 2135.

Riassumendo i criteri essenziali di questa forma di furto, essi si riducono a tre.

1.° L' *impossessamento* per parte del colpevole di un valore *indebito*.

2.° Il *fine* di ottenere ciò mediante la incussione di timore.

3.° La minaccia di un male *grave* ed *ingiusto* (1) diretta a tal fine.

(1) Non mancò chi pensasse che il male minacciato dovesse esser *vero* per far luogo al titolo di estorsione, opinando che se il male è *falso* il delitto si converta in una semplice *frode*. Questa disputa si sollevò ad occasione di un caso analogo a quello che ho riferito di sopra §. 2120 nota. Come in quello il mariuolo si era spacciato per *Stoppa*, così in questo si era spacciato per un emissario del brigante *La Gala* per estorcere roba e denari. Nell' *Eco dei Tribunali* dell' anno 1862 *n*. 1236 fu inserita una dissertazione tendente a dimostrare che il falso emissario di *La Gala*, era reo di scroccheria e non di estorsione perchè l' assunta sua qualità era *falsa*. Due furono gli argomenti che qui si posero: 1.° che vi era l' inganno, criterio costitutivo della frode: 2.° che non vi era *violenza atroce*. Entrambo questi argomenti mi paiono equivocati. Al primo si risponde che lo *inganno* è criterio determinante la criminosità *quando non vi concorre un criterio più grave*, qual' è certamente quello della violenza; nel qual caso il criterio prevalente in gravità determina il titolo. Chi minaccia altri con una pistola vuota, inganna e violenta nel tempo stesso, ma perchè inganna non cessa di essere ladro violento. Al secondo argomento si risponde non esser necessario che il male minacciato lo sia esplicitamente: può esserlo *implicitamente* ed equivale quando la minaccia implicita fu tale da imporne anche all' uomo costante. Una volta ammesso il principio che la violenza morale equivalga alla violenza fisica sarebbe pericoloso coartare l' applicazione di tale principio a certi modi d' incuter timore, perchè

ciò aprirebbe facile strada ad eludere la legge. L'arte con cui si adombri il male minacciato non può bastare ad evitare la pena quando sotto il velame di una reticenza traspariva un concetto idoneo ad incuter terrore, e di fatto atterrì. Da un malfattore che minaccia *vendetta* cosa volete aspettarvi? Sia pure che egli non abbia parlato di morte o d' incendii, ma tutto questo si comprende in quella sola parola. Il terrore non s' incute per la virtù delle parole, ma per l' azione delle idee. Del resto la formula con la quale si scioglie il dubbio se un caso debba riferirsi alla *violenza* o alla *frode* quando concorrono insieme e il *timore* e l' *inganno* per spingere a consegnare il proprio, è altrettanto semplice quanto esatta. Se l' *inganno* servì di *mezzo* ad incuter timore è violenza che svolge secondo i casi i titoli di *furto violento* o di *estorsione*: se invece il *timore* fu mezzo ad *ingannare* non si esce dai termini della semplice *frode*.

§. 2136.

Il primo estremo è un derivato della regola che ravvisa la consumazione di questo reato nella violazione del *diritto di proprietà* (1). Mancando il medesimo la estorsione è tentata come è tentato il furto violento se dopo le usate violenze un fortuito ha impedito la consumazione del furto. Ma si disputa se il valore ottenuto debba essere *reale*; e vi ha chi sostiene che se il *titolo* di cui si ottenne la consegna era *nullo* il delitto non è consumato. Io però dubiterei di tale proposizione, che certamente non potrebbe ammettersi come *assoluta*. Infatti la proposizione in cotesto senso proverebbe troppo, perchè qualunque titolo ottenuto per estorsione è di sua natura annullabile (2) in virtù della

eccezione *quod metus causa.* Il dubbio si è elevato nella ipotesi di un titolo che sia nullo indipendentemente dal meto, o pei difetti di forma o perchè emani da un minore o da un interdetto e simili; e procedendo per analogia della regola ricevuta in tema di falso (che troveremo a suo tempo) si è detto che non potendo per quei titolo locupletarsi il malfattore, appena si aveva un tentativo punibile. Ma io non accetterei codesta induzione analogica. Il documento *che voleva* il malfattore lo ha conseguito; lo ha conseguito col fine di locupletarsi; se la locupletazione non si è poi realizzata per eccezioni di forma, d'interdizioni, o simili, questo è un accidente successivo che non toglie la consumazione già avvenuta. D'altronde vi era possibilità che la eccezione contro il documento non si deducesse; e ad ogni modo un danno patrimoniale si è arrecato, ove altro non fosse, con la lite (3). Bensì a questo primo estremo vuol notarsi quel predicato d'*indebito.* Il creditore che con minaccie di grave male inducesse il debitore a pagarlo potrebbe essere responsabile di ragion fattasi ma non di estorsione.

(1) Una dottrina radicalmente opposta prevale nella giurisprudenza francese: Pellerin *commentaire de la loi des* 18 *avril* — 13 *mai* 1863, *pag.* 223. In Francia si considera la estorsione come consumata mediante la minaccia. È evidente che in tale concetto questo sarebbe un delitto che avrebbe la sua oggettività giuridica nella libertà individuale, e non nel diritto di proprietà. Pei francesi lo avere il colpevole ottenuto o no la consegna desiderata non è, come dicono essi, che una *circostanza.* A me sembra più esatta la nozione nostra. La lettera minatoria non susseguita da consegna può esaurire la offesa alla libertà personale, ma non esaurisce

al certo la lesione del diritto di proprietà. Il colpevole ha *tentato di estorcere*, ma non ha ancora *estorto*. Convengo che il suo atto ha già sparso il terrore nell'animo della vittima, e sta bene punirlo sotto questo punto di vista; ma non ha ancora diminuito il di lei patrimonio. Per qual ragione una minaccia di morte indirizzata ad altri per lettera si punisce meno che una minaccia di morte sottoposta alla condizione di dar cento lire? Il mio terrore è più grave nel primo caso che nel secondo, perchè in quello non so come salvarmi dal pericolo della morte minacciata; mentre nel secondo so che col sacrifizio di cento lire mi pongo al sicuro e sono tranquillo. Eppure si punisce più severamente il secondo caso del primo, evidentemente perchè nel secondo caso oltre alla offesa alla libertà si considera la lesione del diritto di proprietà. Dunque il criterio essenziale della estorsione è la lesione alla proprietà, e finchè questa non è consumata non è consumato il delitto.

(2) I civilisti (Oroscio *Commentaria ad responsa prudentum colon.* 928, *lin.* 34) esaminano se sia civilmente lecito ed obbligatorio il patto di dare denaro ad alcuno affinchè non rubi; e si pronunziano per la negativa essendo inonesto esiger denaro per far ciò che dovrebbe farsi gratuitamente. In criminale si può disputare se in colui che esiga denaro da altri minacciando altrimenti di commetter furto a suo danno si esaurisca un titolo di reato punibile analogo alla estorsione.

(3) Questa soluzione trova conforto nel giudicato della Corte di Cassazione di Francia del dì 6 febbraio 1812: vedasi anche Morin *art.* 8541: nè mi rimuovono i dubbi che solleva Chaveau *théorie du code pénal chap.* 60, *n.* 3413.

§. 2137.

Nel secondo estremo sta lo elemento intenzionale del malefizio; sul che deve notarsi che niente è necessario dimostrare nel colpevole la seria intenzione

di *eseguire* la minaccia: ciò è indifferente. Questo reato non desume la sua oggettività dal *pericolo* personale: ma dalla intimidazione come mezzo, e dalla offesa alla proprietà come fine. Neppure altera le condizioni del reato la circostanza che vi si mescoli un sentimento di vendetta, uno spirito di partito, o simili.

§. 2138.

Nel terzo estremo la *gravità* del male minacciato è condizione che s' indica nella scienza genericamente, lasciandone la apprezzazione alla prudenza del legislatore o del magistrato. Bensì notasi che il male minacciato deve essere *ingiusto*. Se un derubato o un marito minacciasse di morte il ladro o lo adultero se non paga la indennità, sarebbe (come ho detto) responsabile di ragion fattasi e non di estorsione, perchè chiederebbe tal cosa che a sè crede dovuta. Ma se minacciasse soltanto la querela, per quanto questa potesse rappresentare un male grave, io non vi troverei nè la ragion fattasi nè la estorsione. Non la ragion fattasi perchè non ha animo di offendere la giustizia chi minaccia di ricorrervi; non la estorsione perchè il male minacciato è giusto. Qui però si è elevato dubbio nella ipotesi che la somma richiesta come premio del silenzio fosse *maggiore* di quella dovuta per le indennità, ed alcuni dissero che per il di più vi sarebbe estorsione. Io esiterei sempre a ravvisarvela perchè il male che si minaccia non cessa di essere un male giusto.

§. 2139.

A questo proposito del male minacciato sorge la difficoltà pel caso speciale che si minacci la *rivelazione di un segreto.* Per esempio è il complice che minaccia denunciare il delitto; è la levatrice che minaccia di pubblicare la notizia del parto se non gli si dà una somma. Il caso è broccardico in faccia ai caratteri propri della estorsione. Ciò peraltro non toglie che esso non meriti di essere contemplato dalle leggi come fu fatto recentemente in Francia ad occasione delle riforme del 1863. In Francia la estorsione che il codice Toscano prevede all'art. 393 let. *a* era colpita nel codice del 1810 con l'art. 400: e la estorsione che il codice Toscano prevede all' art. 393 let. *b* era colpita dall' art. 305. Ma il caso della minaccia di pubblicare un delitto o un fatto diffamatorio rimaneva scoperto, come lo rimane nei codici italiani. Nel 1863 il procurator generale Cordouen sostenne al corpo legislativo la proposizione addizionale così concepita (1). *Chiunque col mezzo di minaccia scritta o verbale di rivelazione o d'imputazione diffamatoria avrà estorto o tentato di estorcere sia la consegna di fondi o valori, sia la firma o consegna di un foglio portante obbligazione disposizioni o discarico, sarà punito con la carcere da un anno a cinque anni e multa da 50 franchi a 3000.* Questo articolo fu saviamente adottato perchè contemplava fatti criminosi meritevoli senza dubbio di repressione, e che la opinione pubblica aveva già segnalato fino al punto di creare il nome di *chantage* per designare i medesimi: soltanto una

successiva circolare emanata dal guardasigilli avvertì che questo articolo non doveva estendersi agli offesi che minacciassero denunciare il delitto patito. Una disputa s' impegnò intorno al collocamento di questo articolo, e parmi che fosse molto logico M. Picard quando osservava che una simile disposizione non rispondeva esattamente alla figura della estorsione. Egli però avrebbe voluto riferirla alle *scroccherie*, ma anche qui si sarebbe caduti in una inesattezza, perchè il criterio essenziale della frode è lo *inganno* in cui sia stata condotta (o per via di speranze o per via di timori) la vittima sicchè ella dia nella credenza di non dare ad uno scellerato. Propriamente è un caso *sui generis*. Ciò ricorda una osservazione che già fece Witteveen *(de furtis pag. 70)* il quale voleva che la estorsione dovesse noverarsi tra i furti *improprii* per la ragione che la consegna della cosa si fa dallo stesso proprietario: nè vale, soggiungeva egli, obiettare che la consegna si fa al seguito di un timore l'effetto del quale è di togliere il consenso; perchè anche il dolo e lo inganno tolgono il consenso e ciò nonostante tutti i criminalisti collocano la frode e la scroccheria tra i furti improprii perchè la consegna della cosa è fatta dal proprietario: e con simile argomento sembra voler concludere che facesse mestiero o togliere le frodi dai furti improprii o riportarvi anche la estorsione. Ma tale argomento per quanto sottile non è esatto, perchè vi è differenza fra chi dà *per inganno* e chi dà *per timore:* questi mentre dà *vorrebbe non dare,* e dà soltanto a dispetto di ciò che vorrebbe, per evitare il male: chi al contrario dà per inganno ha ferma volontà di dare, e alacre-

mente insiste in tale sua volontà illuso da fallaci apparenze: cosicchè niente repugna che il possesso si consideri come trasferito nel secondo caso, e non si consideri come trasferito nel primo caso. Tornando alla lodata disposizione di Francia mi permetto di osservare che il nuovo articolo 400 avrebbe a mio parere meritato che la persecuzione si rilasciasse alla querela dell'offeso. Sta bene che si protegga la donna infelice dalla quale gente spudorata vogliono estorcer denaro minacciando disonorarla col propalare le sue femminili fragilità. Ma se il fatto di codesta minaccia si rende perseguitabile ad azione pubblica, si viene a turbare la quiete delle famiglie ed a conculcare quel sommo principio di convenienza per cui oggidì tutte le nazioni culte rilasciano la persecuzione delle ingiurie, dello stupro e dello adulterio, alla balìa dell' offeso.

(1) Vedasi Eloy *code d'audience pag.* 101. E in ordine alla larga interpetrazione che ha già ricevuto in Francia codesto articolo è notabile la decisione della Corte di Cassazione del 24 febbraio 1866 riferita nel giornale di Morin *art.* 8246. Annota Morin a questa decisione che per l'antica giurisprudenza di Francia quando il fatto che si era minacciato di rivelare era *vero* non si considerava l' azione come punibile (Corte di Cassazione 11 novembre 1810, 19 settembre 1840, e 6 gennajo 1854) e quando invece era *falso* si puniva come una scroccheria (Corte di Cassazione 20 maggio 1858 — Poitiers 14 settembre 1858). Questa seconda giurisprudenza crederei che fosse applicabile tra noi e dovunque il caso speciale non è previsto dalla legge, perchè in fondo all' artifizio del colpevole essendovi la menzogna, i caratteri della scroccheria vi si adattano congruamente; vedasi lo stesso Morin *art.* 8489. Le leggi inglesi prevedono il caso spe-

ciale di estorsione consistente nel minacciare un' accusa per delitto infamante pel fine di ottenerne valori in premio di silenzio, e la puniscono con la servitù della pena a vita, o a tempo ma non mai minore di tre anni: Davis *The criminal law pag.* 56, §. 47. Così la estorsione è venuta a parificarsi colà al furto violento, dopochè la *burglary* anche accompagnata da ferite o da tentato omicidio non più si volle punita con la pena di morte ma con la servitù della pena in perpetuo: Davis *introduction XI.*

Titolo V.

Ricatto.

§. 2140.

Il furto per *ricatto* o con *sequestro* è il fatto di coloro che riducendo un uomo in propria balia lo tengono prigioniero finchè non abbia ad essi procacciato dalla famiglia una somma determinata, prescrivendo ancora un termine allo sborso, e minacciando morte o mutilazioni in caso d'inobbedienza. Questa forma di reato sotto il punto di vista storico porge occasione a diverse osservazioni. È intuitivo che la genesi della idea di questo delitto risale ad una costumanza della guerra legittima; ed è la imitazione di un diritto riconosciuto dai pubblicisti. Cessata la barbara usanza di uccidere i prigionieri di guerra e la semibarbara di farli schiavi, invalse l'uso di conservarli o per farne cambio, o per ottenere un prezzo di redenzione; e tale costume (1) dura fino ai dì nostri, ed è riconosciuto come lo esercizio di un diritto acquistato sui nemici fatti cattivi. Poco vi vuole a comprendere che ma-

snade feroci attuassero guerre speciali al solo fine di fare dei prigionieri: e le genti che vivevano sui littorali ebbero per parecchi secoli a tremare per le improvvise incursioni dei corsari che scendevano a far bottino di cose e di uomini. Ma anche dentro terra si costituirono bande di masnadieri intente allo esercizio di questa feroce speculazione; e fino dai tempi di Roma, se si ricordano le nefaste opere dei pirati, si ricordano ancora le orde dei ladroni di terra che facevano mestiero piratesco sul continente. A costoro fu modernamente dato il nome di *briganti,* che ormai è consacrato dall'uso per denotare le bande che esercitano il ricatto. La storia nel tempo stesso ci dimostra che il brigantaggio è pianta esotica in certe provincie e pianta indigena in altre. Nel napoletano e in qualche attiguo paese dell' Italia centrale risale alle più remote tradizioni, e tuttavia si mantiene pur troppo: ma in altri paesi dopo che fu estirpata la potenza dei Baroni (alcuni dei quali nel medio evo si dilettavano a questo commercio, come si dilettavano a coniare false monete ed a rapire donne) esso divenne assai raro: in Toscana nel mio lungo esercizio non mai ne vidi esempio nè udii farne ricordo da persona vivente, tranne come di casi eccezionali e rarissimi nelle Maremme; a tale che quando pochi anni addietro ad un giovine stordito prese vaghezza d' immaginare che a suo danno si fosse esercitato un ricatto nelle vicinanze di Firenze fu universale la incredulità, e presto fu messa in chiaro la simulazione. Ciò spiega il perchè questa forma di furto non fosse neppure preveduta dalle leggi toscane (2) nè dal nuovo codice penale, rilasciandola sotto le generali

repressioni del furto violento; mentre invece negli stati romani e napoletani furono e sono innumerevoli quanto fieri gli editti destinati a colpirlo (3). Non voglio ciò attribuire a diversità di razze, o di abiti, o di cultura. In questo argomento io parteggio piuttosto per la dottrina di Montesquieu, ed attribuisco alle condizioni locali ciò che altri vorrebbe apporre alla indole dei popoli. L'uomo è sempre quale lo fa la situazione in cui nasce. Certamente le condizioni locali generano l'abito negl'individui, e l'abito si fa consuetudine nelle genti: ma la prima genesi del male deriva dalle località. Popolate le campagne, togliete le immense foreste ed i luoghi dove possano annidarsi bande di armati e tenersi in tranquilla custodia i loro prigionieri, e il brigantaggio sparirà come gli animali feroci sono scomparsi in faccia alla coltivazione delle terre. Finchè vi saranno nelle provincie vaste solitudini e covi inaccessibili, non mancheranno mai malandrini per farvi il nido.

(1) Grotius *de jure belli lib. 3, cap. 7* — Hertius *commentationes vol.* 1, *tom.* 1, *pag.* 178, *dissertat. de lytro sect.* 2, §. 1 — Burlamachi *diritto delle genti tom.* 8, *pag.* 58 — Vattel *le droit des gens tom.* 3, *chap.* 8, §. 153 — Pinheiro Ferreira *cours de droit public tom.* 2, *pag.* 100.

(2) Cesare Borghi nelle istituzioni di diritto criminale che dettava in Pisa nel 1768 (e che posseggo manoscritte per dono fattomene dal mio chiarissimo amico prof. Pietro Ellero) a *pag.* 244 così parla di questo reato — ivi — *il recatto è quando si arresta un uomo non solamente in casa o in altro luogo abitato, ma anche nelle pubbliche*

strade per estorcergli denaro; e non indica nessuna legge toscana destinata specialmente a reprimerlo.

(3) Rilevasi l' antica frequenza di questa mala costumanza dagli innumerevoli editti pubblicati in proposito con incessante severità. Sono notevoli (oltre le citate a §. 1674 nota) le prammatiche del 27 marzo 1563, 10 aprile 1572, 22 luglio 1583, 21 marzo 1592, 19 marzo 1596, 15 gennaio 1643 e 12 giugno 1684, riportate da Alfeno Vario nelle *pragmaticae regni neapolitani vol.* 1, *tit.* 76. E per i bandi romani può consultarsi Ala *foro criminale tom.* 5, *pag.* 101.

§. 2141.

Malgrado questa verità in tutti i tempi dove la infausta usanza dei furti per *ricatto* si è manifestata, hanno i legislatori spiegato la più energica severità. Certamente questa forma incute terrore, spaventa le famiglie, e dove alligna davvero costringe alla emigrazione. Ma, se bene si guarda, questa forma di furto è sempre meno feroce e meno terribile di quella del ladrone che uccide il passeggiero per togliergli l' orologio od i panni. Ciò che dà un particolare colore di nequizia a questo fatto è la costituzione delle bande, le quali postesi in aperta lotta con l' autorità minacciano lo stesso governo. Ma allora non siamo più nei termini di mero furto per ricatto: siamo nei termini di vera guerra civile; e guerra sanguinosissima. Riparo a questa non deve attendersi dal giure penale, ma dal cannone; ed ai principii umani del diritto penale devono succedere i principii del diritto di guerra; e di guerra che si pugna contro nemico ingiusto e feroce, il quale negando quartiere non ha ragione di aspettarlo.

§. 2142.

Perciò io non mi potei mai persuadere che la presenza del brigantaggio in un paese fosse sufficiente ragione per temperare a rigore speciale un codice punitivo, e farlo deflettere dalle regole fondamentali del giusto. Bisogna, a mio parere, distinguere il caso del vero e proprio brigantaggio, costituito con permanente organizzazione di bande; ed il caso di un mero furto con ricatto commesso da persone accidentalmente e precariamente congregate per quel fatto speciale. Nei primi termini siamo sul terreno della vera guerra: ed amo meglio accettare la sentenza *inter arma jura silent* che insozzare i codici penali con disposizioni esorbitanti e feroci. Nella guerra civile l'autorità provveda a sua posta secondo il bisogno. Le idee di *esempio* e di *difesa indiretta* divengono pallide in faccia alla suprema necessità della *difesa diretta:* non si apprende la possibile ripetizione di un malefizio come mero calcolo di probabilità: siamo in faccia alla mano sovrastante di un' orda di nemici ordinati a battaglia contro tutte le proprietà, contro tutte le vite: tutto allora diviene eccezionale, così nelle procedure come nelle sanzioni penali; non più trattasi di punire, ma di salvarci. Un codice penale non può occuparsi di cotesti casi: e quanto sarebbe assurdo cercare in simili frangenti la regolarità dei procedimenti e il moderato calcolo delle repressioni, altrettanto è assurdo chi vorrebbe dagli emergenti stessi trarre un tipo per gli ordinamenti generali del rito o della penalità. Quando però in-

vece del vero e proprio brigantaggio organizzato si prevede soltanto qualche caso possibile di furto con ricatto, torniamo sotto la libera dominazione dei principii giuridici, e secondo questi ripeto che il furto per ricatto non è che una forma di furto violento: l'uno e l'altro aggrediscono la libertà individuale come mezzo di lucro, salvo che nel primo la offesa alla libertà è più pronunziata e protratta: l'uno e l'altro espongono a pericoli la sicurezza personale: ma se il furto con ricatto può guardarsi come una forma più odiosa del furto violento ordinario, entrambo però sono sempre al disotto del latrocinio e devono punirsi meno.

§. 2143.

Qui può elevarsi il dubbio se la consumazione del reato di furto con ricatto debba trovarsi nello imprigionamento o nella consecuzione del premio di redenzione. Certamente senza questo non sarebbe ottenuto il fine dell'agente, e la lesione del diritto di proprietà non sarebbe perfetta: laonde finchè questo maleficio si mantiene nella classe dei furti (1), in tale ipotesi non può aversi che un tentativo. Dove però si considerasse la libertà individuale come prevalente in faccia a certi modi di attacco al diritto di proprietà, non troverei difficoltà giuridica che si procedesse qui come nel latrocinio, il quale tiensi per consumato con la uccisione quantunque il lucro non siasi conseguito. Seguendo tale pensiero bisognerebbe trasportare il maleficio in un'altra classe, e contemplarlo piuttosto come un plagio qualificato dal fine. È innegabile che la perdita del pre-

mio richiesto è forse meno sensibile che nol siano i disagi e le angoscie terribili dello imprigionamento e della minaccia. È poi indifferente a questo reato che il sequestro siasi operato in luogo aperto o in luogo chiuso e munito, purchè adatto allo scopo.

(1) Fra i codici contemporanei non ne trovo che contemplino il ricatto tranne il codice Napoletano del 1819 art. 408, n. 1, e il Gregoriano art. 354; i quali lo noverano nella classe dei furti. Fra gli scrittori che contemplano questa forma di reato sono a vedersi Sarno *praxis crim. pars* 1, *cap.* 11, *n.* 81, *et seqq.* — Caravita *institut. lib.* 1, §. 3, *cap.* 16 — Bassano *praxis crim. lib.* 1, *cap.* 18, *n.* 291 *et seqq.* — Raynaldo *observat. crimin. tom.* 2, *cap.* 14, *n.* 77, *et seqq.* — Bonfino *in bannim. tom.* 2, *cap.* 23, *n.* 66 — Rosa *praxis crim. cap.* 5, *n.* 22.

Titolo VI.

Pirateria.

§. 2144.

Ciò che i briganti sono in terra, i pirati sono nel mare; salvo che questi hanno più vasto campo alle loro escursioni, e maggiore probabilità di sfuggire alle autorità sociali. Nella sostanza anche la *pirateria* è una forma di furto violento. Essa consiste nello aggredire in mare un bastimento per darvi il sacco, od imprigionare od uccidere le persone a fine di lucro. La *pirateria* può anche essa avere due forme. L'una permanente quando da una ciurma di malandrini siasi armata una nave onde correre il mare e far preda sui bastimenti più deboli

che si vengano ad incontrare. L'altra precaria quando la ciurma di una nave destinata ad altri fini si approfitti dello accidentale incontro di un bastimento più debole e carico di ricchezze per aggredirlo e metterlo a ruba. Quando però la ciurma di una nave scendesse su qualche littorale per fare un saccheggio e poi riprendere il mare non crederei che qui si avesse il titolo di *pirateria* (1) ma quello di furto violento.

(1) Van Ingen *de crimine piraticae.* Li scrittori in generale non noverano la pirateria fra i reati comuni; ma la collocano fra le violazioni del diritto delle genti: Carmignani *elementa* §. 783 — Blackstone *coment. on the laws of England book* 4, *chap.* 5 — Giuliani *istituzioni vol.* 2, *pag.* 88 — Puccioni *saggio pag.* 305 — Pessina *trattato di penalità speciale* §. 65. La maggior parte dei codici moderni non contemplano questo delitto facendone argomento di leggi speciali. Il codice Toscano però lo prevede all' art. 395, e lo colloca fra i furti violenti: il codice delle Isole Ionie all' art. 525 fra i reati contro il pubblico commercio; il Portoghese all' art. 162 fra i delitti che offendono lo stato in relazione alle nazioni straniere; il Brasiliano agli art. 82, 83, 84 fra i delitti contro la integrità della nazione; lo Spagnuolo agli art. 156, 157 fra i delitti contro il gius delle genti; il Napoletano all' art. 119 tra i reati contro la sicurezza esterna dello Stato. Il codice di Francia non lo contempla; ma era previsto già da antiche ordinanze speciali e principalmente da quella del febbraio 1543, marzo 1584, 1 febbraio 1650, 23 febbraio 1674; riassunte poi nella celebre ordinanza di Luigi XIV del 1 agosto 1681 commentata da Valin: e più modernamente si supplì alla lacuna di quel codice con la legge del 10 aprile 1825 intitolata, *loi pour la sureté de la navigation, et du commerce maritime:* Hautefeuille *législation criminelle maritime*

pag. 513. In Inghilterra molte furono le leggi speciali dettate appositamente al fine di estirpare la pirateria sotto Guglielmo III, Giorgio I, e Giorgio IV, e finalmente sotto la Regina Vittoria il 17 luglio 1837 sui quali è a vedersi Woolrych *a treatise on the criminal statutes of 7 Will. 4 et 1 Vict. c.* 84-91, *pag.* 105.

§. 2145.

Della *pirateria* si fece un titolo speciale nelle scuole per un motivo estrinseco. Finchè si tenne come assoluto ed impreteribile principio che il giure penale non potesse estendere la sua forza oltre i limiti del territorio, si vide che la pirateria avrebbe per cotesto principio ottenuto una patente d'impunità; essendochè tale delitto commettasi per lo più in alto mare, dove la giurisdizione territoriale non può spingere l'impero suo (1). Reprimere ed estirpare i pirati era un bisogno sentito da tutti i popoli per poco che avessero occasione di correre il mare; ed a tale bisogno era necessario che da qualunque potenza fossero raggiunti costoro, si potesse a danno loro esercitare la virtù della legge senza questioni di competenza, e senza cercare se le navi da loro depredate appartenevano alla bandiera della nazione che aveva fatto cattura del pirata, o ad altra nazione; nè se le aggressioni si erano consumate in uno od in altro mare. A tal fine si costituì della pirateria un delitto eccezionale, si dettarono regole che si dissero eccezionali in quanto alla giurisdizione sui pirati, e per dare un colore a questa teorica si trovò la formula che la pirateria fosse un delitto contro il gius delle genti, ossia contro il diritto internazionale.

(1) Per breve studio che si faccia nelli scrittori i quali posero la questione se una nazione abbia il diritto di punire i pirati che commisero le loro ruberie in mari lontani, chiaro si scorge la idea di trovare in quel fatto un delitto contro il gius delle genti non essere stato che un mezzo termine per costituire una giurisdizione cosmopolita avverso cotesti delinquenti. Sudarono li scrittori e sottilizzarono per trovare il fondamento di siffatto diritto di punire. Wens (*de delictis a civibus extra civitat. suam commissis eorumque puniendi ratione pag.* 48) e Cosman (*de delict. extra civitat. fines commissis pag.* 13) credettero trovarlo nella finzione per la quale una nave con bandiera (per esempio) italiana in qualunque mare veleggi si considera come una prosecuzione del territorio rappresentato da quella bandiera. Ma questa dottrina spiega la competenza italiana nel caso che il corsale abbia inalberato bandiera italiana o aggredito navi che viaggiavano con la nostra bandiera. Niente peraltro giova a giustificare la nostra competenza quando il pirata corresse il mare con bandiera straniera ed abbia aggredito soltanto navi con bandiera straniera. Van Ingen (*dissert. de crimine piratiçae* §. 3) e Van Wijck (*de delictis extra regni territorium admissis pag.* 43) ed altri con la comune afferrarono la formula della offesa al gius delle genti; la quale è un' asserzione piuttosto che una dimostrazione del principio che si cerca; ed inoltre lascia ingiustificato il caso di aggressione commessa da pirata italiano sopra vascello italiano, cosicchè bisognerebbe venire a concludere che la pirateria ora è delitto contro il gius delle genti ed ora no. Kemper (*Welboeck von Strafvordering naar deszelfs beginselen ontwikkeld vol.* 1, *pag.* 84) trovò la giurisdizione sufficientemente fondata nel fatto della *cattura* del bastimento pirata. Ma tale spiegazione è prepostera, perchè la cattura è già in sè stessa un esercizio di giurisdizione il quale ha bisogno di un principio precedente che lo giustifichi. Si accetti la dottrina della estraterritorialità del giure penale sulle più larghe sue basi, e le difficoltà spariscono. Esse ces-

sano eziandio se si accetta la estraterritorialità sul principio della *necessità suppletiva*, in quanto il diritto di giudicare i fatti esteri prenda radice dalla impotenza o vera o presunta in cui versano le altre nazioni a punire il colpevole.

§. 2146.

Questa formula ove da noi si fosse accettata ci avrebbe condotto a togliere la pirateria dalla presente classe ed a serbarne la trattazione fra quei delitti *sociali* che si dicono contro il gius delle genti. Ma da un lato i principii della estraterritorialità del giure penale si sono venuti sempre più allargando, e si allargheranno ancora in faccia al bisogno della universale repressione dei reati, ed in faccia alla crescente fratellanza dei popoli. Dall' altro lato io non so persuadermi che siavi bisogno d' istituzioni politiche per ravvisare un delitto nella pirateria, con la quale si oltraggia, è vero, la bandiera della nazione a cui appartiene la nave aggredita, ma più sostanzialmente si manomettono diritti individuali i quali esistono senza bisogno d' istituzioni politiche. È da avvertirsi inoltre che la formula *delitto contro il gius delle genti* rimarrebbe incompleta, ed anzi inesatta, quando il pirata avesse invaso una nave della propria nazione. Ciò è intuitivo.

§. 2147.

Con tutta esattezza pertanto il codice Toscano all' art. 395 ha collocato la pirateria tra i delitti contro la proprietà, e l' ha punita come furto violento; e come latrocinio quando sia stata accompagnata da

strage di uomini. Il codice Sardo non fece menzione di questo reato. Laonde Puccioni (*Comment. vol. 5, pag. 150*) suppone che sia preveduto da leggi speciali: e di fatti in Piemonte è previsto dalla regia patente di Carlo Felice del 13 gennaio 1827.

§. 2148.

Fino ai nostri giorni si è conosciuta una pirateria *illegittima* e criminosa, ed una pirateria *legittima*. Questa si ha quando una nazione venuta a guerra con un' altra concede delle patenti di corsaleggio a dei privati che armano a loro spese una nave sotto la bandiera della nazione concedente per correre il mare e far preda sui bastimenti di bandiera nemica. Questo costume si radicò sul principio di giure pubblico che in tempo di guerra fosse lecito fare al nemico tutto il male possibile. La odierna civiltà condusse peraltro a considerare che con le lettere patenti si offendevano i diritti d' individui innocenti, e si abituavano i propri sudditi ai ladroneggi. Laonde nel trattato di Parigi del 16 aprile 1856 si stabilì l' abolizione di quest' uso anche in tempo di guerra. A quel trattato aderirono parecchie nazioni di Europa, e presto giova sperare che vi aderiranno anche le altre. I ruderi dell' antica barbarie devono poco a poco scomparire dalla superficie del globo.

§. 2149.

Ma quali sono i criterii essenziali della pirateria? Ciò importa sia ricercato per determinare il momento della consumazione di questo maleficio e di-

stinguere il delitto tentato dal delitto perfetto. Ad avere la pirateria consumata sarà egli necessario che il corsale abbia di fatto aggredito un qualche vascello e fatto preda a suo danno? Se nell' aggressione incontrò forze maggiori e fu respinto senza conseguire preda nessuna si avrà egli una pirateria tentata? Si avrà una pirateria tentata, una pirateria consumata, o soltanto una preparazione (1), se il capitano già con la nave armata erasi dato a correre in mare con la verificata intenzione di aggredire il primo vascello che gli cadesse incontro; ma venne invece catturato egli stesso prima che avesse dato principio ad alcuna aggressione? Anche questa volta la soluzione di dubbi siffatti altrettanto gravi quanto importanti dipende dallo stabilire la vera oggettività giuridica di questo maleficio, e conseguentemente la classe alla quale vuole essere riferito. Se la pirateria si colloca tra i furti qualificati dal *mezzo* (o se vuolsi dal *luogo*) è intuitivo che il delitto non può dirsi mai consumato finchè non è posta la mano sulla roba altrui, sia con lo impossessarsi del carico, sia col catturare la nave, ricordando però che se fu consumato omicidio si riproduce la teorica del latrocinio (§. 1190) che si consuma con la uccisione quando fu commessa a fine di lucro. Se invece la pirateria si colloca fra i delitti contro il gius delle genti, o contro la sicurezza esterna dello Stato, o comunque fra i delitti sociali, si riproduce la teorica relativa a quest' ordine di delitti in proposito del tentativo; e poichè il gius delle genti è già offeso, o già compromessa la sicurezza esterna col semplice armare una nave, e correre il mare a fine di preda, ne discende che si

abbia in ciò la pirateria consumata anche prima di ogni effettuata aggressione, o consecuzione di lucro. Ed allora in questa seconda ipotesi lo aggredimento ed il furto non divengono secondo il linguaggio della scuola francese che *circostanze* del delitto, e il linguaggio nostro *criterii misuratori.*

(1) Il codice Ionio all' art. 528 e segg. prevede questi dubbi e stabilisce differenti pene speciali secondo i casi.

§. 2150.

Anche in questo reato la *quantità del tolto* non è d' importanza come criterio misuratore, giusta il principio generale da cui s' informano tutti i furti qualificati da violenza contro le persone. Possono valutarsi come tale le più o meno gravi lesioni personali recate allo equipaggio aggredito: non la strage di uomini, perchè questa facendo mutar classe e titolo al malefizio diviene *criterio essenziale* del latrocinio anzichè criterio misuratore della pirateria. Tale eventualità peraltro vuol essere tenuta a calcolo dal legislatore per non elevare la repressione di questo malefizio fino alla pena suprema tranne quando convertasi in omicidio qualificato dal fine. Questa verità si è bene compresa ed applicata dall' art. 395 del codice penale Toscano; e ciò per le analoghe ragioni che ho esposto al §. 2118 in proposito del furto violento. Parve a taluno doversi distinguere nella pirateria secondo che dessa erasi esercitata o contro nave di bandiera nazionale, o contro nave di bandiera estera; ma nello stato di odierna civiltà non parmi si debba tenere gran conto

di questa circostanza. Soltanto ammetterei come diminuente lo essersi aggredita una nave appartenente a nazione con cui fossimo in guerra attuale (1) o la contingenza di una rappresaglia: e dovrebbe distinguersi (come ho detto testè) fra un atto di pirateria accidentalmente commesso, ed una pirateria *organizzata*. In questa ultima ipotesi ripetesi ciò che ho avvertito in proposito del brigantaggio: alle condizioni ordinarie del *delitto* subentrano le condizioni eccezionali della *guerra*, e bisogna procedere con principii diversi.

(1) Il codice Spagnuolo all' art. 156 punisce la pirateria presso a poco come tutti gli altri, spaziando dalla galera a tempo fino alla morte, secondo che vi sono o no intervenute ferite od omicidii. Ma esso contiene una disposizione speciale che toglie dal codice del Brasile all' art. 82, e trovasi identica nel codice Napoletano del 1819 all' art. 119; e consiste nel punire la pirateria *soltanto quando sia commessa contro bastimenti nazionali, o sudditi di una potenza che non sia in guerra con la nazione*. È evidente che questo dettato rende inutili le patenti di corsa in tempo di guerra, perchè in certa guisa le ha date a priori la legge; ed è forse un primo passo per velare la immoralità delle lettere patenti: inquantochè in tal guisa il governo si limita a non punire e lasciar fare, invece di autorizzare espressamente i ladroneggi di mare. Pacheco (*el codigo penal comentado tom.* 2, *pag.* 109) adduce a ragione dell' art. 156 la osserservazione che noi non dobbiamo correre i mari per difendere i nostri nemici, e recar danno a coloro che in certa guisa fanno gli affari nostri. Ma la differenza sostanziale in quanto agli effetti mi sembra questa; che se il nemico cattura un corsale che abbia ottenuto patente dal nemico deve trattarlo secondo le leggi di guerra alla guisa di ogn' altra milizia nemica, mentre quando la legge si limita a non pu-

nire, ma il governo non dà patente, il nemico che cattura il corsale lo può giudicare come colpevole di pirateria. Del resto anche Pacheco (*l. c. pag.* 113) disapprova il costume delle patenti di corsa perchè non danneggiano tanto il governo nemico, quanto i sudditi innocenti, e perchè tornano a benefizio di avventurieri anche stranieri che si danno a tale speculazione non per lo zelo di ajutarci, ma per avidità di guadagno. Lo disapprova pure Ferrao (*theoria do direito penal portuguez vol.* 4, *pag.* 267) confutando Valin (*traité des prises cap.* 1, §. 6) e osserva che il commercio è cosmopolita, e che la corsa rovina anche il commercio di quelle nazioni con cui non siamo in guerra, e ne prende occasione a notare la incoerenza della odierna civiltà che punisce il furto a danno dello straniero commesso in terra e non lo punisce in mare; che proibisce i duelli, e dichiara legittime le guerre; che proclama la inviolabilità della vita umana, e mantiene la pena di morte.

TITOLO VII.

Rapina.

§. 2151.

La benignità dei pratici dette origine anche al titolo di *rapina* come specialità (1) distinta dal furto violento. Quando si manteneva nellè leggi la esorbitanza di punire di morte il furto violento doveva bene cercarsi di restringere con ogni modo di ermeneutica legale la nozione di questo titolo. Fu avvertito che il legislatore col minacciare la morte contro il ladro violento aveva inteso a proteggere, più che la proprietà, la *persona* del proprietario: da ciò se ne indusse con buona logica che il titolo

di furto violento richiedesse come estremo necessario per parte del ladro lo esercizio della sua forza sulla *persona* e non sulla *roba* soltanto. Si configurò quindi il caso di chi violentemente avesse strappato di mano del possessore o di dosso (2) a lui l' oggetto agognato senza usare violenza morale sopra lui e senza portare la mano sopra il suo corpo. Qui, si disse, non intervenne violenza esercitata sull' uomo: non corre dunque la ragione della severità della legge: non quadra a questo fatto il titolo di furto violento, bisogna dargli altro nome, e pena inferiore; e fu detto *rapina.*

(1) Sembra infatti che anche nel giure romano le parole *rapina, raptores* si usassero promiscuamente per designare il furto e il ladro violento: Vultejo *in Instit. tit. de bonis vi raptis in princ. n.* 3 — Mattheo *de criminibus lib.* 47, *tit.* 2, *cap.* 1, *n.* 1, *pag.* 69 — Calvino *lexicon juridicum, verbo rapina* — Schwarze *dissert. de crimine rapinae pag.* 5; ove con grande erudizione tratteggia i tre diversi stadi pei quali passò nel giure romano la dottrina della rapina. Che anzi sotto la rapina richiamava anche la violenza usata contro i ripari; quantunque distinguesse dalla rapina la estorsione: *l.* 14, §. 12, *ff. quod metus caussa*. Anche nella generalità degli interpetri si adopera la voce rapina promiscuamente a designare i varii furti violenti: Witteveen *de furtis pag.* 9 — Bocero *disputat. vol.* 1, *class.* 4, *disput.* 1, *n.* 100 *et seqq.* — Reinhard *diss. de vera indole rapinae* — Hoop *dissert. de rapina pag.* 3 — Straalman *dissert. de raptoribus pag.* 15 — Bennemann. *dissert. de causis poenam rapinae capitalem haud mitigantibus, th.* 1. E di fatto Carpzovio (*practica pars* 2, *quaest.* 90, *n.* 8) e Puttmann (*adversariorun vol.* 2, *cap.* 24, *pag.* 182) insegnano che la rapina e la *robbaria* germanica possono tenersi come sinonimi. Anche nella Co-

stituzione Carolina all' art. **126** la parola *raptor* è usata come sinonimo di ladro violento: Hommel *rhapsodiae vol. 2, obs. 412, n. 4*. La teorica che diamo a questo titolo della rapina è dunque figlia di pratiche speciali che riservarono questo nome ad una forma meno odiosa di furto violento.

(2) Una configurazione della rapina ce la offrono le antiche leggi sui ladri *manticularii:* nome che fu dato a coloro che assalendo di dietro i passeggieri strappavano loro di dosso il mantello. Questa specialità trovasi sotto cotesto nome prevista dalle pragmatiche napoletane: Alfeno Vario *pragmaticae regni neapolitani vol. 2, pag.* **101**. Ma non è però che se ne rilevasse la differenza dal furto violento, mentre anche cotesto fatto si vide punito di morte.

§. 2152.

Questo nome passò dalla giurisprudenza nelle leggi; e la *rapina* venne prevista dal codice penale Toscano all' art. 392 nei precisi termini che rispondono a quel concetto: — ivi — *Quando la violenza esercitata dal ladro non fu diretta ad offendere, nè a spaventare la persona, ma unicamente a rapirle di mano o di dosso la cosa; si ha il titolo di rapina.* E questo è punito con la casa di forza come il furto violento ma con un minimo che può scendere a quattro anni (1) e di più si può passare alla pena del carcere da diciotto mesi a quattro anni quando il valore del tolto non superi venti lire toscane. Non vi ha dubbio che questa specialità trovi sufficienti ragioni nell' applicazione dei principii alle condizioni del fatto; nè parmi che simile distinzione sia meritevole di censura, perchè quando lo individuo e la libertà delle sue membra furono del tutto illese, subietto passivo del reato rimane soltanto la

cosa, e nel diritto di proprietà si esaurisce tutta la oggettività giuridica del malefizio. La rapina è piuttosto una forma più odiosa del furto commesso alla presenza del proprietario, e la odiosità risulta dalla audacia maggiore di toglier la roba non solo sotto i suoi occhi, ma anche di dosso a lui o dalle sue mani (2). Ma quando si dice *violenza sopra le cose* non s' intende già di escludere la violenza *mediatamente* patita dalla persona: anzi sta in questo il vero criterio essenziale della rapina. Senza ciò si va incontro ad una intollerabile confusione d' idee per la quale tutti i furti con destrezza divengono rapine: e ciò è assurdo. Infatti nel furto con destrezza si trae la roba *di dosso* al proprietario e ciò non si può fare senza usare forza fisica cioè violenza sopra la cosa. La *vis in res* è quasi generale in tutti i furti, perchè nessuna cosa si può contrettare senza usare *forza* sopra di lei, salvo il caso di furto di animali che il ladro abbia indotto con allettamenti a seguirlo. Il vero concetto della rapina sta dunque in questo che la cosa siasi rapita di dosso al proprietario senza usare *violenza diretta* sopra di lui, e usando soltanto violenza sopra la cosa, ma (purchè intendasi bene) la violenza del ladro SIASI USATA A VINCERE MEDIATAMENTE LA FORZA FISICA DEL PROPRIETARIO CHE VUOLE RITENERE LA COSA. Qui sta la vera essenza costitutiva della rapina. Bisogna che il ladro non abbia portato la mano sulla persona del proprietario; altrimenti è furto violento: ma bisogna che il proprietario abbia usato o tentato di usare la forza propria per ritenere la cosa, e che questa forza sia stata vinta dalla forza

del ladro; altrimenti è *furto con destrezza,* e stimo erroneo (3) confondere le due ipotesi.

(1) Questa nozione del crimine di rapina è incontrastabile in faccia al codice e giurisprudenza toscana: Forti *conclusioni pag.* 190 — *Annali Toscani XVII,* 1, 404. Sembra però che altrove s' intenda diversamente: per esempio dai §§. 190, 194 del codice Austriaco. Vedasi Herbst *decis. fondament. dell' I. R. Suprema Corte di giustizia pag.* 51. Un giudicato del tribunale di appello di Verona del 31 gennaio 1867 applicò il titolo di *rapina* ad un tal *Geraldoni* che aveva di notte e nella pubblica strada gettato un uomo a terra con una fortissima spinta per di dietro e poi gli aveva tolto il mantello. Qui la *violenza* essendo caduta sulla *persona* prima che sulla *cosa* noi non avremmo trovato il titolo di rapina ma quello più grave di furto violento. La nozione di questi due titoli sembra variare affatto nel codice Austriaco ed in altri. Ma io credo che la nozione nostra sia più conforme ai principii di ragione. Del resto poichè ho accennato alla nozione specialissima che dà della rapina il codice Austriaco dirò pure che per la locuzione del §. 190 è sorta fra i commentatori di quel codice e nella relativa giurisprudenza grave disputa in ordine all'attentato. Sostenendosi che il reato di rapina si consumi col solo uso della violenza ancorchè non siasi ottenuto lo impossessamento della cosa altrui (Herbst *Manuale del diritto penale austriaco vol.* 1, *pag.* 334 — Frubwald *Manuale parte* 1, *pag.* 182) si è fatta questione se rimanesse possibile la punizione dell'attentato. Ma tale questione si risolve in un problema più generale; cioè se nei delitti *formali* si possa avere attentato punibile, e su ciò ho già altrove (§. 376) manifestato la mia opinione in senso affermativo. Altro è dire che un delitto *formale* abbiasi come consumato, quando è esaurita l' *azione* quantunque senza l' effetto voluto, altro è dire che i delitti formali non ammettano in loro stessi possibilità di attentato punibile quando l' azione è incominciata ma non

esaurita. Appo noi peraltro così nella rapina come nel furto violento, la consumazione non si riconosce che nello *impossessamento* della cosa che si disegnava sottrarre.

(2) In tema di rapina si esaminò la questione se sia tale l' atto di chi venuto a rissa con altri gli strappi da dosso nella lotta un qualche oggetto portandolo seco quasi come trofeo: Muller *promptuarium, verbo vis, n.* 6 — Leyser *meditat. in pandectas spec.* 592, *med.* 1, 2: e il fatto di chi parimente in una rissa abbia portato via lo stile all' avversario. Questi ed altri consimili dubbi si risolvono col principio che il furto in tutte quante le sue forme deve avere per criterio essenziale l' animo di lucrare.

(3) Di tale errore vidi doloroso esempio nel verodetto di una giurìa. Un giovinastro avvicinò un viandante sotto il pretesto di chiedergli l' ore, ed intanto gli prese il portafoglio (dove era poco più di venti lire) dal taschino della sua sottoveste dalla quale sporgeva, e via rapidamente fuggì. Il proprietario non fece atto di resistenza; ei non si accorse del furto che quando il mariuolo fuggiva. Era un vero furto con destrezza. Ma ai giurati fu domandato se fosse rapina e risposero che sì; e fu un falsodetto ingiustificabile. Ma di questo errore non ne do colpa ai giurati i quali poveretti non erano in grado di capire la sottilissima nozione della rapina. La colpa è della legge la quale dando la *definizione del titolo* alla giurìa, pretende insensatamente che l' artigiano od un geometra decidano astrusi *problemi* di diritto penale. La colpa è del modo inavvertentemente subdolo con cui si pongono le questioni ai giurati. Fu dimandato a quei giurati se il giudicabile per portar via quel portafoglio *usasse violenza sopra la cosa*, e i giurati risposero che sì. Bella forza! Essi non potevano rispondere diversamente. Ogni borsajuolo si traduca alle Assise per rapina e poi si dimandi ai giurati se il borsajuolo per rapirmi il fazzoletto di tasca *usasse violenza* sopra il fazzoletto. Qualunque giurato dovrà risponder di sì, perchè senza una *vis* sopra il fazzoletto questo non andava dietro al borsajuolo. Non

sarebbe più dunque possibile il titolo di furto con destrezza perchè il furto con destrezza ha per estremo (§. 2116) che la cosa sia tolta di *dosso* al proprietario; e sempre per torla a lui di dosso è necessario *usare forza sopra la cosa;* e sempre quel toglimento avviene contro la volontà del proprietario. Doveva descriversi nella questione il fatto, e portarsi alla Corte la definizione del titolo. La questione così posta da un magistrato dotto nella legge si sarebbe detto un tranello teso alla giurìa se lo fosse stato maliziosamente, ma poichè non lo fu bisogna deplorarla come una disavvertenza. Se quel viandante avesse tratto fuori l'oriolo per dir l'ore al malandrino, e questi avesse portato la mano sull' oriolo e con la sua forza vinta la forza di quello che lo riteneva, questa sì che sarebbe stata rapina, ancorchè non fosse avvenuto strappo della catena nè *prolungato* conflitto di forze. Ma il *conflitto delle due forze* è indispensabile che *almeno per un momento* vi sia, perchè possa sorgere il titolo di rapina. Ciò è chiaro pei dettati di ragione. Ma è chiaro eziandio nel testo del codice Toscano poichè vuole innanzi tutto la violenza, e la violenza esso ha definito all' art. 392; e la violenza non può esistere senza la coazione della persona: e coazione non può esistere quando il proprietario ben lungi dal resistere neppure si accorge nel momento dell' azione di ciò che si fa a danno suo. Altro è *presumere* che conoscendo ciò egli avrebbe resistito; altro è dire che egli abbia fatto una resistenza qualunque che sia stata vinta dalla forza del ladro usata *mediatamente* sulla cosa stessa involata. La distinzione non ammette dubbio.

Titolo VIII.

Furto con effrazione.

§. 2153.

La violenza non caduta sulla persona del proprietario nè sulla cosa rubata qualifica il furto quando cade sopra quei ripari che il padrone aveva disposto a difesa delle cose sue. E su quelle la violenza si esercita tanto se si rompa per giungere a prendere le cose custodite (lo che fa sorgere il titolo di *effrazione*) quanto se si superino con altri modi speciali (lo che fa sorgere il titolo di *scalamento* o *chiave falsa* che vedremo tra poco); e tutte le legislazioni (1) hanno guardato con odio particolare codesti mezzi.

(1) Appo noi nessuno dubita che il furto commesso con effrazione debba guardarsi come qualificato per causa della violenza. Ma su ciò vi è stato altrove aperta discordia. Lo negò senza esitazione Carpzovio nella *practica pars* 2, *quaest.* 79; poscia nella sua *jurisprudentia pars.* 4, *constit.* 52, *def.* 12 riconobbe la qualifica per il giure comune, ma la disse tolta per diritto sassonico; lo negò Kleinscrod e Grollmann tutte le volte che il ladro benchè usasse la effrazione o scalata non era munito d'armi: lo negò Quixtorp tutte le volte che la scalata o la effrazione non cadessero sul luogo abitato. Lo affermarono invece Feuerbach, ed Erhard, ma è un fatto che nella pratica alemanna fu prevalente la negativa così per l'autorità di Carpzovio, come per la tendenza alla mitezza: ma la occasione del dissenso fu tutta originata dal linguaggio delle

legislazioni germaniche. La Carolina (art. 159) come ho notato a §. 219, nella veduta di lasciare una certa larghezza alla pratica ed allo svolgimento della dottrina si astenne da ogni minuta descrizione delle qualifiche desunte dal *modo* nel furto, e le indicò con la formula generale di *furti pericolosi*. Formula analoga fu adottata dalla Costituzione Sassonica (*pars 4, const.* 34). Di qui nacque in Germania occasione di gravi dispute, perchè portata innanzi la idea del *pericolo* restava dubbio se si fosse voluto guardare al pericolo delle *proprietà* o al pericolo delle *persone:* lo che avrebbe fatto primeggiare un elemento distinto dal diritto di proprietà reale, quello cioè della proprietà personale: e poichè in certe condizioni poteva la effrazione concorrere senza che ne sorgesse pericolo per la persona del proprietario; dovette perciò impugnarsi spesso cotesta qualifica dove la effrazione non aveva a niente esposto la sicurezza personale. Ma la scienza odierna ha costruito la aggravante sopra considerazioni tutte intrinseche al diritto di proprietà, e suole prendere di mira il maggiore o minor *pericolo delle cose* senza avere a questo punto niente riguardo ai rischi personali del proprietario che bene contempla in altre qualifiche. E il pericolo della cosa cresce sempre tostochè il furto è commesso con tali mezzi che superino i ripari coi quali il proprietario aveva protetto la roba sua dalla mano del ladro, perchè con ciò si minora la potenza della difesa privata; si accresce lo allarme, e lo allarme cresciuto esige una repressione maggiore a restaurare la opinione della sicurezza. Questo è il vero principio da cui s'informano le qualifiche dello scasso, scalamento, e chiave falsa. Non si ha in ciò rispetto alcuno ai rischi che possa aver corso o no la persona, ma ai rischi maggiori che in faccia a cotesto genere di ladri corrono le proprietà, non bastando a salvarle le migliori custodie e tutte le diligenze adoperate dai proprietari.

§. 2154.

La ragione della aggravante non sta qui nel danno recato alle cose rotte. Il concetto della qualifica è tutto politico, e procede dalla mera contemplazione del danno mediato: perchè quanto maggiori sono gli ostacoli superati dal ladro tanto più rispetto alla audacia sua decresce la potenza della difesa privata. In faccia ad un furto commesso su cosa lasciata all' aperto molti proprietarii possono tranquillizzarsi col dire, io custodirò meglio le cose mie: ma quando gli usci sono stati atterrati o le mura traforate, o le casse sforzate, il privato non trova più nei propri mezzi una tutela che valga a proteggere la sua roba; ed il timore della ripetizione più intenso e più diffuso dimanda dalla difesa pubblica una energia più gagliarda. Tale essendo la ragione della aggravante, che già intraveduta anche dai giureconsulti romani (1) è oggi prevalente appo i penalisti italiani, ne sorgono due conseguenze che completano la nozione della medesima.

(1) Già notai sopra (§. 2024 nota 2) che i romani non solo consideravano come più odioso il furto con effrazione, ma davano eziandio il nome speciale ora di *derectarii* ora di *vecticularii* a coloro che rubavano con tal mezzo: Menagio *amoenitates cap.* 39, *verbo derectarii* — Vossio *etymologicon, verbo derectarii* — Kirschbaum *dissert. de derectariis.*

§. 2155.

La prima si è che per avere *effrazione o scasso* bisogna che la violenza siasi esercitata sopra le cose

destinate alla difesa della proprietà. Nessuno pensa che la qualifica di effrazione ricorra in chi nel rubare abbia spezzato i mobili che ha incontrato per la casa, o sia che egli lo abbia fatto inavvertentemente, o per dispetto, o per altro (1) fine qualunque.

(1) La rottura deve esser fatta *a fine di rubare*, altrimenti non qualifica il furto che per avventura siasi anche contemporaneamente commesso; *l.* 22, *ff. de furtis* — Titius *de jure privato lib.* 4, *tit.* 12, §. 5.

§. 2156.

Neppure si ha la *effrazione* quando il furto sia caduto sulla *cosa stessa* destinata alla custodia di altri oggetti. Colui che abbia divelto dal muro una inferriata per introdursi nella casa a rubare è reo di furto con scasso: ma non lo è chi abbia divelto quella inferriata per rubare la inferriata medesima (1). Del pari chi rompa un baule per impadronirsi del contenuto sarà reo di furto con scasso, ma non lo sarà chi rubi lo intero baule quantunque posteriormente lo rompa per prendere il contenuto, e lo getti anche via (2). Al momento che il forziere è entrato nel compendio delle cose sottratte, la rottura della cosa sottratta non può mai costituire la effrazione che deve essere un mezzo per sottrarre.

(1) Che la rottura della cosa rubata non constituisca *effrazione* atta a qualificare il furto già si era insegnato nella vecchia pratica: Grantz *de defensione reorum pag.* 513, *n.* 221; *pars* 2, *pag.* 24, *n.* 1 *et seqq.* E in proposito di chi avesse sforzato un uscio per rubare l' uscio

stesso lo insegnarono Carpzovio *practica quaest.* 79, *n.* 61, e Kress *commentatio in art.* 159, *const. Carolinae*, §. 5, *not.* 2, *in fin.*

(2) Così fu giudicato in precisi termini dalla Corte Regia di Firenze il 16 giugno 1841. In faccia alla giurisprudenza di Francia si andò per diversa via. L' art. 395 di quel codice esigendo che lo scasso esterno sia commesso *per introdursi* a rubare, se ne dedusse che quando il ladro si era introdotto in una casa aperta, e poscia dopo aver preso ciò che a lui piaceva era stato per la sopravvenuta chiusura dell' uscio nella necessità di romperlo per di dentro onde evadere, il furto non era accompagnato da scasso: Laval *du vol. pag.* 121, 122. Ma in quanto allo scasso interno l' art. 396 letteralmente previde il caso che invece di rompere sul luogo il mobile chiuso si forse portato via tale quale, e solo posteriormente si fosse rotto per prendere il contenuto e stabilì che anche questo fatto costituisse la qualifica dello scasso. Gli articoli 617 e 618 del codice Sardo avendo in questa parte copiato le disposizioni del codice Francese diviene applicabile la relativa giurisprudenza; e su ciò non fu fatta innovazione dal codice Sardo Napoletano. Ma dove non sia quella espressa previsione del diritto positivo che è nel codice Sardo e Francese, la rottura del baule portato via intero e operata di poi non può costituire effrazione; e ciò è bene sostenibile anche in faccia al codice Toscano. Per i principii generali un furto non può essere qualificato per una circostanza che sopraggiunga *dopo la sua consumazione*. Allora diventa *uso della cosa rubata*. Scientificamente ci si può entrare con la idea della *sottrazione commessa a fine di rompere;* ma in mancanza di un dettato positivo questa idea non approda perchè il *disegno di rompere* non equivale alla rottura richiesta dalla legge come concomitante al furto. La Cassazione di Francia il 14 decembre 1839 ha spinto il rigore fino al punto di dichiarare qualificato per effrazione il furto di una cassetta chiusa, quantunque quando essa fu ritolta al ladro non si fosse ancora da lui renduta

aperta. Questa dottrina che è conseguente al principio della parificazione del tentativo fu però censurata in Francia come contraria alla lettera dell' art. 396 che richiede la effrazione *eseguita*. Circa alla nozione dello scasso è notevole una differenza che intercede fra il codice Toscano (art. 381) e il codice Sardo (art. 618). Per il primo la rottura del continente fatta a fine di rubare il contenuto qualifica sempre il furto quantunque il mobile rotto fosse trovato dal ladro *fuori della casa* del possessore. Al contrario per la chiara lettera del codice Sardo la rottura di un mobile quantunque fortemente chiuso non costituisce effrazione se quel mobile fu dal ladro rotto quando era caduto in sua mano in luogo aperto. Ciò fu anche deciso recentemente dalla Cassazione di Milano con suo giudicato del 19 marzo 1865 nei termini di un facchino che per via sforzò un baule consegnatogli per trasportarlo altrove. Vedasi la nota a §. 2291.

§. 2157.

Per i medesimi principii non è effrazione qualificatrice del furto qualunque rottura della *cosa sottratta*, anche commessa durante la contrettazione e per facilitare la medesima, ed anche quando senza tale rottura fosse impossibile la asportazione. Altrimenti bisognerebbe dire che chi ha reciso un albero per rubarlo è reo di furto con effrazione, perchè il taglio dell' albero era mezzo indispensabile a portarlo via. Ma la adesione dell' oggetto asportato alle altre sue parti rimaste non era opera del proprietario destinata alla difesa di quella proprietà: non è stato rotto o superato un riparo preordinato ad impedire la sottrazione; è stata rotta la stessa cosa sottratta (1).

(1) Coerente a questi principii fu il giudicato della Corte di Liege del 7 maggio 1845: *Pasicrisie Belge* 1846, *pag.* 44.

§. 2158.

Ugualmente vuole essere notato che la effrazione non deve cadere sulle cose destinate soltanto alla *custodia,* all'*ornamento,* o al *servizio* dell'oggetto sottratto per la sua speciale condizione, ma deve cadere sulle cose destinate alla *difesa* della roba. Così chi rompa un anello per estrarre la gemma che sola volle rubare, non commette effrazione. Di questa distinzione io feci un uso speciale in un caso notabile. In un bastimento carico di botti di rhum alcuni marinai avevano praticato un foro in una di quelle botti e ne avevano estratto alcuni fiaschi del liquido contenuto. Furono dal pubblico Ministero tradotti come colpevoli di furto con effrazione. Ma io risposi che le botti non sono ripari dei quali si circondi la proprietà per remuoverne la mano del ladro: sono continenti indispensabili alla custodia del liquido, ed alla rottura di tali oggetti non si adatta la idea di una difesa della proprietà renduta inutile dalla violenza dei ladri. La Corte Regia di Lucca fece plauso al sistema della difesa (1).

(1) *Annali Toscani XVII,* 1, 370. Nè si considerò come valutabile la circostanza che le botti fossero sigillate ai loro naturali orifizi. Il codice Toscano non sembra tener conto della *rottura dei sigilli* come circostanza qualificatrice del furto. E difatti il proprietario non appone i sigilli ad una chiusura per *difendere* la roba contenuta e impedirne lo accesso alla mano del ladro, ma soltanto per riconoscere poi se è stato o no commesso un furto a suo danno. Quando per altro si trattasse di sigilli apposti per ordine dell'autorità il codice Sardo per le espresse disposizioni dell'art. 297

(che è riproduzione della giurisprudenza di Francia: Blanche *quatrième étude pag.* 250) vi troverebbe il furto con effrazione. Le Corti toscane fecero posteriormente una distinzione fra *continenti* che hanno la *sola destinazione di contenere* e *continenti* che hanno la destinazione duplice di contenere e di difendere: *Annali Toscani XX*, 1, 687; giudicato della Corte di Cassazione di Firenze del 9 settembre 1858.

§. 2159.

La seconda conseguenza che discende spontanea dalla ragione di questa aggravante si è che i ripari spezzati debbano presentare una certa *solidità*. Un tempo si tentò d'insinuare la dottrina che per avere lo scasso occorresse si fosse fatto uso di strumenti, nè bastasse lo avere infranto un riparo col mezzo della sola forza muscolare. Ma con questa dottrina il criterio (1) rendevasi troppo eventuale, essendovi uomini di sì robuste membra da spezzare con la nuda mano i più saldi ripari; cosicchè lo essere più o meno punito il ladro sarebbe dipeso dalla maggiore o minore debolezza delle sue braccia. Laonde prevalse il pensiero giustissimo che in questo tema la valutazione dello scasso dovesse dipendere da un criterio tutto inerente al soggetto passivo del medesimo. Così mentre si accolse il principio astratto per cui non ogni rottura doveva bastare alla qualifica, se ne formularono le condizioni dettando il requisito della *solidità* nella cosa rotta; il quale è assoluto e costante e niente relativo ai mezzi adoperati dal sottrattore. Un riparo solido atterrato per la forza straordinaria di un braccio presenta effrazione; non la presenta un riparo debole

quantunque il ladro siasi valso di un qualche strumento per superarlo. Il riparo debole non esprime lo esaurimento della diligenza privata; la rottura di quello non aumenta lo allarme. Così fu giudicato dalla Corte Regia di Lucca che la rottura del cristallo di una vetrina commessa per rubare le gioie collocate a mostra nella medesima sullo sporto di una bottega, non costituiva furto qualificato. Di questa regola spetta alla prudenza del giudice fare un' applicazione conveniente. E poichè la solidità o non solidità è questione di fatto che si giudica col buon senso di ognuno, così il giudizio su questa condizione materiale dovrebbe a mio parere sottoporsi ai giurati.

(1) Che la *fragilità* della chiusura superata elimini la qualifica dello *scasso* fu comune insegnamento anche degli antichi, per la intuitiva ragione che la qualifica non sta nello aver rotto ma nello avere usato violenza: Harpprecht *decis.* 7, *n.* 39, *pag.* 57; *et decis.* 13, *n.* 48, *pag.* 106. Laonde fu eminentemente esatta la formula con cui si distinse tra *effractio violenta* ed *effractio non violenta*: Wernher *observationes tom.* 1, *pars* 3, *observ.* 161, *pag.* 655 *et seqq.* E questa regola, giustissima finchè si limita in siffatti termini, si era convertita da alcuni pratici in un criterio tutto soggettivo, tramutandola nella formula che negava la qualifica in ogni rottura commessa con sola *forza muscolare*. Leyser (*meditationes spec.* 536, *medit.* 13) si spinse fino ad escludere la qualifica quando la effrazione era operata con strumenti accidentalmente trovati sulla faccia del luogo. Così erasi pure accolta siffatta regola nelle osservanze giudiciali toscane: *Annali Toscani XI*, 1, 81. Ma irragionevole era cotesto criterio; e bene vi portò deroga l'art. 381 del nuovo codice del 1853: *Annali Toscani XVI*, 1, 400

e 532, riconducendo il criterio al punto di vista oggettivo della *solidità* del riparo superato: *Annali Toscani XVII*, 1, 58. Questa dottrina è la più ragionevole ed equa: se ne discosta però il codice Sardo anche qui disgraziatamente imitatore della giurisprudenza di Francia; laonde la Corte di Palermo nel giudicato dell' 8 ottobre 1864 dovette decidere ai termini dell' art. 610 e 617 del codice Sardo Napoletano costituirsi effrazione dalla rottura di una siepe di paglia.

§. 2160.

Sorgono in pratica interessanti questioni in proposito della influenza dello *scasso* sopra fatti che si compirono mediante azioni diverse. E la questione si biparte nelle due ipotesi di più delinquenti, e di un solo reo.

1.° Se alcuno rubò con scasso in una casa; poi, rimasto quell' uscio aperto, altri ne approfittò per introdursi a rubare, non potrà dirsi che il secondo sia reo di furto con scasso, benchè la effrazione dell' altro siagli stato *mezzo* a rubare, quando non intervenne fra i due complicità; perchè manca il nesso *ideologico* tra il fatto del secondo e la effrazione. Il secondo è reo di furto semplice, come lo è chi trovato un cadavere lo spogli senza avere avuto mano nell' omicidio.

§. 2161.

2.° Quando l' azione si ripete dallo *stesso* individuo o da *più complici*, lo scasso precedente che fu poi mezzo ai successivi furti l' informa e qualifica tutti; perchè si presume a tutti preordinato. Dove però non si riconoscesse la continuazione fra il pri–

mo fatto ed i successivi, mancando così il *nesso ideologico* fra loro, le successive azioni dovrebbero considerarsi isolate e fuori di ogni influsso della intenzione che indusse allo scasso; nè più nè meno come se fossero operate da terze persone. Esse sarebbero perciò furti semplici, poichè intervennero quando lo scasso era ormai fatto compiuto senza che questo fatto, servito di mezzo materiale nei successivi furti, fosse *intenzionalmente preordinato* (come può più spesso avvenire nello scasso (1) interno) a servir loro *di mezzo*.

(1) Il codice di Francia seguendo le orme di Jousse (*Justice criminelle part.* 2, *tit.* 1, *n.* 194, *tom.* 4, *pag.* 217; *et part.* 4, *tit.* 57, *n.* 115) all' art. 394 e molti altri dopo lui, distinsero fra scasso *interno* e scasso *esterno*. Ma poichè nei casi semplici questa distinzione non porta divario sulla pena non parve esservi grande utilità a conservarla. L' art. 381 del codice Toscano non ne tenne conto veruno; Corte di Cassazione di Firenze 30 aprile 1856; *Annali Toscani XVIII*, 1, 339. Nel codice Francese del 1810 la differenziale fra scasso *interno* ed *esterno* era importantissima perchè fra le cinque circostanze alle quali l' art. 381 attribuiva la potestà di condurre il ladro alla pena di morte (ridotta poi dalla legge del 1832 ai lavori pubblici a vita) ancorchè il furto non fosse accompagnato da omicidio, si noverava lo scasso *esteriore* e non lo scasso *interno*. Ciò era coerente alla idea che nello *scasso* esterno contempla come una possibile concomitanza il pericolo della persona del proprietario, e la violazione del domicilio, che certamente non sono ordinarie conseguenze dello scasso interno.

§. 2162.

A questo luogo piacemi richiamare una osservazione che è comune alla maggior parte dei furti qualificati dal modo: ed è che si può avere il *tentativo* portato anche al suo grado più *prossimo* rapporto al delitto principale senza che ancora si abbia un attentato punibile in ordine alla qualifica: mi spiego. Una mano di malandrini si sono introdotti nel mio domicilio muniti di armi nel disegno di violentarmi se mi fossi opposto; o muniti di scalpelli e grimaldelli per impadronirsi degli oggetti chiusi. Ma non trovarono alcuno e perciò non ebbero occasione di esercitare la violenza; oppure trovarono tutto aperto e non ebbero bisogno di adoperare la falsa chiave o lo scalpello. Ora, sia che il furto si consumasse o che rimanesse tentato, sorgerà la questione se debba giudicarsi come accompagnato o no dalla *qualifica.* La difficoltà nasce perchè il *mezzo qualificatore* fu soltanto *preparato.* Vi fu in rapporto al mezzo odioso una *intenzione manifestata con atti esteriori;* ma non vi fu il *principio di esecuzione* del mezzo. E siccome la qualifica del *mezzo* deriva dallo essersi il delinquente *servito* del modo odioso (a differenza della qualifica desunta dal *fine* che deriva dallo averlo voluto quantunque non ottenuto) e non dallo averlo soltanto *ideato* e *preparato,* così la qualifica stessa non è concorsa nel fatto ma è rimasta nella intenzione. A rigore di principii guardando isolatamente la circostanza qualificatrice, questa sarebbe uscita dalla sfera delle *preparazioni* perchè sarebbe indubitata

la univocità dell' atto esteriore; non si dubita che i ladri si fossero muniti di quegli strumenti per rompere i mobili che avessero trovato chiusi. Ma sotto questo punto di vista non si avrebbe che un *tentativo di qualifica*. Ora se il furto fu consumato senza concorso effettivo della qualifica repugna che il delitto consumato si aggravi per una qualifica puramente tentata: lo che porta a considerare come assurdo che la circostanza la quale non aggraverebbe il delitto principale consumato aggravi il delitto principale tentato; e conduce a concludere che anche quando il furto rimase tentato non possa aggravarsi per quei mezzi dei quali (benchè preparati col manifesto disegno di usarne) non ancora si cominciò a far uso. La questione è delicata e sottile ed ha diviso le opinioni degli scrittori alemanni (1).

(1) Ma che dovrà dirsi se i ladri realmente consumarono la effrazione di un mobile. e non trovatovi cosa che li allettasse, rubarono invece altri oggetti che colà stavano allo aperto? Evidentemente il furto di questi oggetti non è qualificato da scasso: soltanto potrà nei congrui casi al rimprovero del furto semplice caduto su tali oggetti aggiungersi l' obietto del tentativo di furto qualificato

§. 2163.

È osservabile che la volontà risolutamente determinata ad usare del mezzo odioso non è ancora accertata come perseverante nel momento in cui incomincia la esecuzione del delitto principale semprechè tale esecuzione incomincia senza l' uso di quel mezzo. Può sempre dirsi che trovando i mobili chiusi si sarebbero appagati delle cose incontrate

all' aperto, e non avrebbero neppure incominciato la effrazione quantunque tenessero secoloro gli strumenti opportuni. Laonde si verrebbe a punire una intenzione, un mero progetto che per quanto sia verificato ed accertato restò sempre un mero progetto. Quanto a me nella ipotesi di furto *consumato* senza l' uso del mezzo odioso trovo repugnante che si qualifichi il furto per un mezzo semplicemente preparato. Sarà fortuna e non merito dei ladri se non ne usarono perchè trovarono aperto: ma in fin dei conti la realtà dell' aggravante non vi è. Nella ipotesi del furto tentato sorge la difficoltà perchè la imputazione non misurandosi sullo evento ma sul disegno incominciato ad eseguire, e il mezzo aggravante compenetrandosi col disegno, apparisce arbitrario lo scinderlo, e la incoata esecuzione del disegno non può avere il suo rapporto che col disegno criminoso tal quale nacque. Pure mi sembra duro che il problema dovendosi per fermo sciogliere nel senso più mite in tema di delitto consumato, si debba sciogliere poi nel senso più severo in tema di delitto tentato. Per lo meno vorrei che si distinguesse: o risulta dalle circostanze del fatto che il furto casualmente interrotto si poteva consumare dai ladri senza il mezzo del quale avevano erroneamente supposto il bisogno; ed allora recisamente mi opporrei alla imputazione del tentativo di furto qualificato: o invece dalle circostanze apparisce che senza l' uso effettivo del mezzo non avrebbero potuto consumare la sottrazione; ed allora vedrei una logica necessità d' imputare il tentativo di furto qualificato. In una parola la scissione del mezzo dal primitivo disegno nel quale il mezzo era incluso

non può operarsi per un arbitrio del giudicante, ma deve derivare dal *fatto:* o dal *fatto* che i ladri abbiano realmente compiuto il delitto senza usare di quel mezzo, o dal *fatto* che le condizioni (benchè imprevedute) del soggetto passivo permettessero che il furto si consumasse senza usare del mezzo odioso. Il tentativo si punisce per la *presunzione* che il delinquente avrebbe consumato il delitto se non fosse stato impedito; ma tale presunzione bisogna che cessi in faccia al fatto positivo contrario, il quale dimostri o una azione difforme da quella presunta, o la necessità logica di agire in modo difforme.

§. 2164.

Lo effetto dell'aggravante desunta dalla effrazione (come quello dello sealamento e della chiave falsa che di ordinario procedono di pari passo) è in generale appo i codici contemporanei quello di elevare il furto dalla competenza inferiore alla superiore, e sostituire la penalità di alto criminale (reclusione, casa di forza, galera) alla penalità correzionale del carcere. Ma in questo effetto si trova divario fra i codici contemporanei: mentre alcuni, come il Toscano (art. 386) esigono perchè così grave effetto si produca, il concorso di un certo valore (lire cento) nel tolto: laddove altri codici accordano a queste aggravanti lo sviluppo di tutta la loro efficacia indipendentemente da qualunque considerazione di valore anche minimo. Variano inoltre i codici moderni in quanto la maggior parte non prevede aumento graduale per il mero moltiplico di queste aggravanti, assorbendole tutte in un solo

concetto e lasciando al giudice la valutazione della pluralità nel determinare la pena entro i limiti relativamente determinati: altri prevedono la agglomerazione delle qualifiche desunte dal modo con altre qualifiche desunte da diversa fonte (1). Altri infine prevedono ancora il moltiplico delle aggravanti desunte dal modo (per esempio il concorso simultaneo dello scasso, della scalata o della chiave falsa) per infliggere una punizione più grave.

(1) Dissi sopra (§. 2076 nota) che per l'antica pratica la qualifica dell'effrazione assorbiva quella dello abigeato. Oggi procede fra noi la stessa regola per i combinati articoli 377, 380, 386 del codice Toscano. Certo è per altro che quando una circostanza è stata valutata una volta per qualificare il furto, ancorchè la circostanza stessa isolatamente guardata costituisca un delitto di per sè stante non può decomporsi il fatto ed applicare la pena di quello speciale delitto: non può (a modo di esempio) rinfacciarsi il titolo di danno dato o di minaccia per la effrazione o per la violenza che qualifica il furto. Questo non è che una spontanea e costante deduzione del principio per cui il mezzo criminoso ed il fine criminoso si unificano sempre a comporre un solo ente giuridico; pure sembra che una verità così semplice talvolta si dimentichi, poichè trovo che la Corte di Montpellier (Morin *Journal du droit criminel art.* 8368) il 7 novembre 1866 ha dovuto correggere molto saviamente un decreto che l'aveva manomessa. Del resto il cumulo delle qualifiche è stato sempre dai vari legislatori considerato come operativo di effetti importanti: così ho già notato che l'antica giurisprudenza germanica distingueva la effrazione *semplice* dalla *effractio seditiosa* (Harpprecht *decisiones decis.* 21, *n.* 25) e dalla *effractio periculosa*, e dalla *effractio armata* (Hommel *rhapsodiae, observ.* 195 — Carpzovio *practica pars* 2, *quaest.* 79, *n.* 5 — Bergero *electa criminalia supplem.*

pars 2, *obser.* 29, *pag.* 65 *et* 66). Ciò dipende dai vari diritti costituiti. Ma in una trattazione scientifica bisogna contentarsi di esaminare partitamente i caratteri delle singole aggravanti: specialmente in un delitto così fecondo di qualifiche quanto il furto, non è possibile contemplare tutte le respettive svariatissime combinazioni.

Titolo IX.

Scalamento.

§. 2165.

Si ha la *scalata* o *insalizione* quando per commettere il furto il ladro ha soverchiato un recinto, sia che egli ne abbia varcato la sommità per introdursi, sia che abbia profittato di un' apertura esistente nel recinto medesimo, come (per esempio) di una finestra. Lo spirito di questa aggravante emana dal solito principio della inutilità della privata difesa. Perchè dunque la delusione della difesa privata meriti maggiore energia per parte della difesa pubblica bisogna che le cautele usate dal proprietario, e rendute inutili dalla malizia del delinquente, abbiano in loro stesse un certo grado di efficacia presunta.

§. 2166.

Da ciò si argomentano le condizioni materiali che sono necessarie a costituire la *insalizione:* cioè;

— 1.° ad avere lo scalamento è necessario che il recinto presenti un certa altezza. La giurisprudenza di Francia anche su questo punto esorbita di rigore, poichè ferma che per quanto sia poco ele-

vato il recinto superato dal ladro ricorrano sempre i termini della aggravante. Anche quando fu superato con un semplice (1) salto *(avec une simple enjambèe)*. Dottrina esagerata perchè la protezione dovuta al proprietario cauto si estende al proprietario incauto, ed un mero *segno*, una mera apparenza di difesa si adegua alla difesa reale. La pratica di altri paesi richiede una certa altezza nel recinto superato, la quale esiga nel ladro una speciale abilità e malizia, o l'uso di speciali strumenti. Taluni credettero di assumere come criterio la considerazione puramente concreta del fatto esigendo alla scalata l'uso di uno strumento; e negandola quando il recinto si era superato con la semplice agilità personale. Era lo identico concetto formulato nella effrazione come *forza muscolare,* e nello scalamento come *agilità personale.* Ma questo criterio non è accettabile perchè rende fluttuanti le condizioni giuridiche del recinto. Uno stesso recinto può essere superato con la mera agilità da un ladro più svelto ed uso al delitto; può ad un altro ladro più obeso aver fatto mestiere l'aiuto di un istrumento: ed ecco che la identica difesa verrebbe a dichiararsi ora sufficiente, ed ora insufficiente per una accidentalità indipendente dalle materiali sue condizioni. Il codice Toscano (art. 383) ha saviamente adottato il principio che si determini dalla legge la precisa altezza occorrente allo scalamento; ed ha stabilito in braccia quattro toscane l'altezza che deve essersi superata (2). Il codice Sardo (art. 619) la determina in due metri. Entrambo poi hanno eliminato un'altra occasione di disputa equiparando il caso della *discesa* al caso della *salita.*

(1) Questa regola severa che già dominava in Francia anche innanzi al codice del 1810 (Cassazione 26 decembre 1807) procede colà senza contrasto: Cassazione 7 novembre 1811 e 18 giugno 1843: Merlin *répertoire mot. vol sect.* 2, §. 3, *dist.* 4.

(2) E così quando è superata l'altezza di braccia quattro anche con la mera agilità corporale evvi pur sempre qualifica: *Annali Toscani XVIII,* 1, 640.

§. 2167.

L'altezza prescritta dalla legge nel muro varcato non è necessario che ricorra da ambo i lati. Costituita la insalizione indifferentemente tanto dallo ascendere quanto dal discendere un'altezza di quattro braccia, è evidente che se tale altezza si troverà soltanto allo esterno del muro varcato avremo qualifica per salita, se soltanto dallo interno l'avremo per discesa. Bene s'intende però che la salita o la discesa non siano operate coi mezzi ordinari, o stabilmente o precariamente destinati a tale uso (1).

(1) Un caso singolare vidi nelle mie pratiche in Lucca. Due casamenti vicini avevano le respettive scale in faccia l'uno dell'altro corrispondenti sovra una corticella interna di larghezza superiore alle quattro braccia: cosicchè sul ripiano di una di quelle scale ponendo una tavola che con la sua estremità andasse a posarsi sul ripiano della scala di contro si era formato un ponte volante col quale si era potuto entrare nell'altrui e commettere furto. Si disputò vivamente per negare la qualifica allegando che qui non era nè salita nè discesa. Ma i tribunali nostri seguendo lo spirito della legge tennero la opinione più severa. Una dubitazione analoga si presentò ai tribunali di Parma nella ipotesi di un passaggio eseguito dallo interno allo interno,

riferita dal Melegari *decisioni del Supremo Tribunale di Parma vol. 3, pag.* 5. In Francia però ha prevalso la regola che lo scalamento debba essere sempre *esteriore*, e con ciò si è esclusa la qualifica dal ladro che varchi una parete per quanto elevata la quale serva di divisione *interna* fra due stanze: Cassazione 13 maggio 1826. Bisogna però avvertire che se la parete fosse divisoria fra due abitazioni distinte, la scalata sarebbe sempre esterna perchè la esteriorità di una casa non si costituisce dallo avere a contatto un campo od una via, ma dallo essere quello il limite della casa e dal cominciare al di là una proprietà od una casa altrui.

§. 2168.

Una difficoltà più frequente a presentarsi s'incontra quando il ladro salito all'altezza di quattro braccia o più, non siasi introdotto nel recinto, ma tenendosi fuori abbia potuto col mezzo di uncini o strumenti rubare oggetti che erano entro il recinto. Si ha o no la qualifica di scalamento? No: per il codice Sardo (art. 619); nè per il Francese (art. 397) perchè questi richiedono in lettera la introduzione della persona; e neppure per l'art. 383 del codice Toscano, il quale (benchè non usi le parole *introdursi o entrare)* richiede però che il ladro sia *salito o disceso* IN *un recinto*. In faccia ai principii della scienza lo sarebbe, perchè il riparo opposto dal proprietario è stato superato dalla mano del ladro come mezzo per commettere il furto: non vi ha introdotto il corpo, ma vi ha introdotto la mano che è quella che opera il furto (1).

(1) La questione del furto commesso *senza introduzione della persona* nel locale altrui, è nella materia della insa-

lizione, come in quella della effrazione, uno di quei problemi cardinali che influiscono sopra una infinità di configurazioni pratiche. Così in faccia al codice Napoletano del 1812 la Gran Corte Criminale di Abruzzo Citeriore aveva trovato la qualifica di effrazione (11 ottobre 1817) nel fatto di uno che proprietario di una stanza sottoposta ad un deposito di grano altrui, operando una perforazione nel solajo faceva cadere al disotto il frumento per appropriarselo: vedasi nel *Dizionario* dell' Armellini *vol. 3, pag.* 278. In questo caso non vi era neppure la introduzione della mano, ma però il furto era commesso *col mezzo di rottura,* lo che basta quando lo statuto speciale non pone come condizione la *introduzione* del ladro. Dove in siffatte qualifiche si ebbe un riguardo al pericolo della persona si capisce bene che sul riconoscimento delle medesime potesse influire la circostanza di essersi o no la persona del ladro introdotta nel locale altrui. Ma guardata la qualifica sotto il punto di vista della difesa della proprietà, quella circostanza diviene indifferente. Ad ogni modo però bisogna andar cauti prima di applicare la qualifica per semplice analogia dove la legge positiva tace. Così nel silenzio dei codici penali la introduzione nell' altrui per un condotto sotterraneo non destinato all' ingresso non potrebbe dallo interpetre adeguarsi allo scalamento. Bene però ve lo adegua con espressa disposizione il codice Sardo all' art. 619, dettato ad imitazione del §. 2 dell' art. 397 del codice Francese. Il criterio della *introduzione* dette pure argomento a decidere in Francia (Cassazione 21 ottobre 1813, e Corte di Parigi 14 settembre 1838) che non era qualificato da scalamento il fatto di colui che era con una scala salito sopra un tetto per rubarne gli aquedotti di piombo.

§. 2169.

— 2.° Il recinto dev' essere *continuo.* Quando il proprietario abbia eretto un muro da alcuni lati del

suo giardino lasciandolo affatto aperto da altri lati, o lasciandovi degl' interstizi, se piacque al ladro per introdursi nel giardino di varcare quel muro anzichè entrare dalla via piana, non veggo ragione per cui possa menarsi lagno della superata difesa. Per lo istesso principio l' altezza del recinto dev' essere eguale in tutto il suo corso; o almeno in nessun luogo inferiore alle braccia quattro. Pongasi un recinto che si elevi nella sua maggiore estensione a sole due braccia. Cento ladri si sono introdotti in quel locale varcando il recinto nel suo tratto il meno elevato: nè vi è luogo ad obiettare loro la insalizione. Un altro ladro meno pratico o più agile non insalisce dal lato ove il muro si elevava a sole due o tre braccia, ma lo varca in quel tratto brevissimo nel quale egli sorgeva alle quattro braccia. Non per questo sarà costui debitore di furto con scalamento. Il proprietario non aveva sufficientemente difesa la cosa sua quando il recinto non aveva elevato per tutta la sua lunghezza all' altezza legale (1).

(1) Sulla possibilità di estendere questa dottrina alle qualifiche analoghe della *effrazione* e della *chiave falsa* vedasi la nota 2 a §. 2174.

§. 2170.

— 3.° Per la comune dottrina dei pratici la insalizione non qualifica il furto quando il ladro già introdottosi e consumato il furto senza codesto mezzo, scelga codesto mezzo dopo presa la roba per evadere ed asportare la cosa rubata (per esempio) saltando giù dalla finestra in luogo di riuscire dalla porta (1).

(1) Così fu insegnato da Carnot *code pénal tom.* 2, *pag.* 267; e deciso in varie occasioni dalla Cassazione di Francia. Questa regola, che in Francia si sostiene sulla definizione della scalata comprensiva della circostanza della introduzione del ladro per siffatto mezzo, tra noi troverebbe appoggio in un principio diverso. La consumazione del furto ritenendosi avvenuta col semplice impossessamento anche prima della asportazione dalla casa del proprietario, ne consegue che la discesa o salita del ladro per fuggire dopo aver preso la roba avverrebbe a delitto già consumato e così non potrebbe più qualificarlo. Tale difficoltà incontrossi avanti le Corti toscane (*Annali XVII*, 1, 201) in un caso analogo. Un fornajo soleva chiudere nel corso della notte entro la sua officina i lavoranti che accudivano alla manipolazione delle farine. Costoro si procacciarono una falsa chiave dell' uscio esteriore per mandare dei bolgi di farina alle loro famiglie: il furto si dichiarò qualificato: ma qui la difficoltà anzidetta si eliminava benissimo, perchè essendo quei lavoranti consegnatarii delle farine, finchè le amovevano da luogo a luogo nello interno non *contrettavano*: la consumazione del furto avveniva soltanto quando la farina dall' interno si passava allo esterno; al che essendo stato mezzo necessario la falsa chiave, tale qualifica non era successiva ma concomitante alla consumazione.

§. 2171.

— 4.° La dottrina pratica esclude del pari lo scalamento quando il ladro per insalire si è valso di un mezzo che il proprietario stesso aveva posto o lasciato colà. Nessuno sognò mai di dire che fosse scalamento montare le scale di una casa. Ma se un proprietario (come praticano spesso i contadini per le loro capanne) invece di costruire per gli usi suoi una scala murata, si procaccia una sca-

la movibile di legno, e quella tiene si presso, e se ne vale appoggiandola alla capanna quando vuole entrarvi, e rimuovendola dopo supplito al bisogno; il ladro che si approfitti di codesta scala per introdursi nella capanna non commette scalamento. Si ritorni al principio, e si scorge evidente la ragione di codeste soluzioni. Così se il recinto aveva le quattro braccia continue: ma il proprietario appoggiò ad un punto del recinto un mucchio di sassi (1) o di paglia, per cui si modificasse in quel luogo l'altezza reale del recinto; il ladro che ne profittò non è debitore di furto con insalizione (2).

(1) La giurisprudenza francese si è però mostrata discorde su questa massima: Cassazione **2** aprile **1864**; **Morin** *art.* **7916.** E non è meraviglia; perchè lo spirito del giure francese in ordine alla qualifica di scalata prende di mira non tanto l'*ostacolo superato* quanto il fatto di essersi introdotti nell'altrui per una *via diversa* da quella destinata a tal fine dal proprietario. Ciò è notabile; e serva a mostrare ai giovani studiosi che certe differenze di pratiche applicazioni rimontano sempre ad un principio fondamentale o alla diversa ragione da cui s'informa la regola che si vuole applicare. Supremo impero della logica! Di qui la necessità di studiare sempre le somme cagioni in ogni regola di diritto, e scegliere tra le diverse quella che si giudica prevalente, e aderire strettamente a quella se non si vuole divenire inconseguenti. Veggo troppo spesso accozzare nella dimostrazione di una tesi due principii o due ragioni delle quali l'una distrugge l'altra. Il difensore può tenere questo sistema di alternativa; perchè egli non sa quali siano i cardini che al giudice possono parer buoni; e, o sia buona l'una o sia buona l'altra ragione, basta al bisogno suo. Ma il cattedratico e il legislatore hanno bisogno del positivo.

(2) La insalizione, anche isolata da altre circostanze aggravanti, si ravvisò per molte antiche pratiche e legislazioni come sufficiente a condurre alla pena di morte: Hertius *decis.* 701. Negli usi e leggi odierne lo effetto di questa qualifica è identico a quello della effrazione e si svolge in un mutamento nella qualità della pena restrittiva temporaria.

Titolo X.

Falsa chiave.

§. 2172.

Per definire in che consista la qualifica odiosissima che imprime al furto l'uso di *chiave falsa,* bisogna cercare cosa s'intende per *chiave,* indi cosa s'intenda per *falsa.*

Ad avere la *chiave* non già si richiede che l'arnese abbia in qualche guisa la forma di quelle che comunemente si appellano chiavi. La nozione della chiave è piuttosto oggettiva che soggettiva. Qualunque arnese di qualunque materia egli sia, ed anche un semplice ferro adunco, diviene una *chiave* quando si destina ad aprire una serratura od ha servito ad aprirla (1).

(1) Questa nozione è coerente al concetto generale rappresentato dalla parola *chiave.* Su questo e sulla origine delle chiavi sono a vedersi; Molin *dissert. de clavibus veterum ; in* Sallengre *novus thesaurus antiquitatum vol.* 5, *col.* 795 — Ziegler *disceptat. them* 20, *de jure clavium* — Pitisco *lexicon antiquitatum, verbo clavis* — Vossio *etymologicon, verbo clavis* — Du Cange *glossarium, verbo clavis* — Fabro *thesaurus eruditionis, verbo clavis.* I Romani chiamavano *fures uncinarii* quelli che usavano grimaldelli, e *claves laconicae* le false chiavi:

Taubmann *ai Plaut. Mostell. act.* 2, *sc.* 1. Una difficoltà può elevarsi nel caso che il ferro introdotto nel serrame abbia agito internamente sul medesimo, ma però col romperne in qualche parte il meccanismo. Si dubitò se si avesse scasso o chiave falsa. La Cassazione di Firenze (*Annali Toscani XVIII*, 1, 68) si pronunziò, malgrado la violenza, pel titolo di falsa chiave. Dove però le due qualifiche conducano al medesimo effetto, questa disputa è puramente tecnologica.

§. 2173.

La qualità di *falso* nello strumento che servì a rendere aperto il serrame si desume poi dalla *mancata destinazione del proprietario*. Qualunque strumento fabbricato da estranei per aprire le altrui porte è *chiave falsa*. Non lo è lo strumento del quale si serve il proprietario, qualunque ne sia la conformazione. Ma perchè in codesto strumento si abbia la condizione di chiave vera, per cui escludasi l'aggravante, bisogna che tale destinazione perseveri. Onde la pratica stabilì che la chiave vera smarrita dal proprietario diveniva chiave falsa in mano del ladro che se ne valesse (1). Per analogia di codesto principio il codice Toscano (art. 382) adeguò alla chiave falsa la chiave anche vera quando fosse *sottratta* al proprietario, o *indebitamente avuta, o ritenuta*. E codesta ampliazione è conforme allo spirito di questa dottrina. Ma precisamente per tale spirito si giudicò (*Annali Toscani XVI, 1, 310; e XVII, 1, 128*) che non fosse furto qualificato da falsa chiave il fatto di chi introdottosi nell' altrui camera aveva trovato sopra una tavola la chiave di un mobile colà posata dal proprietario; e lo aveva renduto aperto con quella, rubandone alcuni og-

getti contenuti là entro. Diversamente dovrebbe dirsi se la chiave non fosse stata lasciata all' aperto dal proprietario, ma si fosse da lui diligentemente nascosta in qualche angolo della camera; sicchè il proprietario se ne fosse stimato sicuro, ed il ladro avesse dovuto adoperare una speciale malizia per rintracciarla (2).

(1) Sebbene nel codice Francese del 1810 non esistesse la speciale previsione che equipara alla *chiave falsa* la *chiave smarrita* dal proprietario, la giurisprudenza aveva sanzionato tale estensione: Cassazione di Francia 17 maggio 1836, 16 decembre 1825, e 27 aprile 1855. Non mancò peraltro chi censurasse (Laval *du vol pag.* 123) siffatta interpetrazione non solo perchè eccedente la lettera della legge, ma anche perchè sembrò non potersi adeguare la malvagità di chi adopera al furto una chiave smarrita, e quella di chi fabbrica la falsa chiave.

(2) In generale le *malizie* usate dal ladro per impossessarsi della chiave vera la rendono ai fini presenti equivalente alla falsa, ed anche il solo impossessarsene *clandestinamente: Annali Toscani XIV*, 1, 550; *XVI*, 1, 525; *XIX*, 1, 383 e 890.

§. 2174.

Ma perchè l' arnese sia dichiarato *falsa chiave* (1) bisogna che abbia agito *come chiave;* esercitato cioè la sua azione sugl' ingegni interni della serratura. Se l' uscio non aderiva esattamente alla spalletta, e la sua serratura debole o priva di molla permetteva al paletto di andare avanti od indietro, colui che introducendo un arnese fra l' uscio e la spalletta fece retrocedere il paletto e così aprì, e là entro rubò, non è debitore di furto con *falsa chiave* (2).

Come non lo è colui che con lo scuotere con veemenza l' uscio ne abbia fatto cadere un interno puntello, od altro consimile modo. Ove non siavi guasto, non potrà ravvisarvisi scasso: la mancanza di uno strumento che abbia agito come chiave dilegua il sospetto di chiave falsa, ed il furto rimarrà semplice. Questo io vidi osservarsi costantemente anche in pratica, e ne è manifesta la ragione.

(1) La qualifica della *falsa chiave* si riconobbe anche dalle leggi barbariche: *lex salica tit.* 12; *et tit.* 29, *cap.* 53 *ad* 55; *lex saxonica tit. 4, cap.* 2: e comunemente dai pratici: Dolfio *allegat.* 6, *vol.* 1.

(2) Notai in proposito dello *scalamento* (§. 2169) essere per la comune dottrina delle scuole e della pratica requisito indispensabile a tale qualifica la *uguale continuità* del recinto superato. La ragione di ciò sta nel cardine della qualifica, il quale unicamente si trova nella protezione maggiore da accordarsi alla diligenza maggiore del proprietario. Se il mio orto aveva da tre lati un muro di cinta anche se vuolsi di sette braccia in altezza e da altro lato era aperto o difeso soltanto da una muriccia alta un braccio, quell' orto non è soggetto passivo idoneo di scalamento, perchè il proprietario non esaurì le opportune diligenze nella custodia della cosa sua: e se avvenne che il ladro preferisse introdursi colà valicando l'alto muro anzichè entrarvi dal lato aperto è questo un accidente che non può far sorgere la qualifica dove manca la ragione fondamentale della medesima. Tranquilla la dottrina su questo punto di applicazione, un dubbio sorge se identica teoria debba ammettersi in proposito di *effrazione* e di *chiave falsa*. L'orto aveva uno o due lati affatto privi di ogni recinto, ed ognuno che lo avesse voluto poteva di là liberamente introdursi: ma da altro lato (per esempio) sulla fronte della pubblica via aveva un magnifico muro, un cancello, od un uscio solidamente chiuso. Ora avvenne che

un ladro per introdursi colà dentro amò rompere quell' uscio od aprirlo con falsa chiave, anzichè prendere la via aperta. Vi sarà essa la qualifica della effrazione o della falsa chiave. Io sostengo che no per la ragione che data l'apertura del luogo e la libera introduzione colà per altro lato, quel muro grandioso, quell' uscio, o quel cancello, non hanno più il carattere giuridico di difese della proprietà manomesse dal ladro: non hanno che un fine di lusso o di pompa, o tutto al più sono lo iniziamento di una difesa che si voleva compiere in seguito, ma che non è ancora compiuta; e che non è tale in faccia alla legge finchè rimane incompleta. Non dubiterei peraltro della qualifica di falsa chiave quando la medesima si volesse eliminare per la mancanza di solidità nell' uscio. Cosa importa che l'uscio non fosse solido, quando non si obietta la effrazione? Se il ladro per introdursi stimò necessario usare una falsa chiave, ciò mostra una di queste due cose: o che in faccia alle forze di lui quell' uscio era solido quanto bastava, per fargli sentire il bisogno di aprirlo con un grimaldello; o che egli ebbe motivo a non romperlo per non lasciare traccia della sottrazione che andava a commettere, e potervi a suo agio tornare: e ad ogni modo la qualifica della falsa chiave che esiste nella sua materialità conserva le condizioni giuridiche per la sua applicazione. La solidità è estremo necessario rispetto alla effrazione, ma non esercita influsso sulle altre qualifiche. Nella effrazione però questo estremo è interessante a stabilirsi, e mi è sembrata eccessivamente frivola la relativa censura che ho udito farne. Si è detto essere inutile parlare di *solidità* dell' uscio dopo avere prestabilito che l'uscio doveva *esser rotto*, inquantochè la parola *rotto* o *rottura* non può referirsi che a cosa *solida*. Questa critica ha dimenticato che si rompe anche l'acqua da un remo, e che si rompe la carta.

§. 2175.

La materia della *falsa chiave* presenta una speciale difficoltà in proposito dei *fabbricatori* di simili

arnesi intorno al carattere di *complici* che voglia loro applicarsi. Nessun dubbio quando un fabbro ferrajo abbia fornito al ladro una chiave specialmente conformata ad aprire quell' uscio determinato che poscia con simile mezzo fu reso aperto: il fabbro (data la scienza) è complice di furto qualificato. Ma quando un fabbro abbia fornito un grimaldello destinato in genere ad aprire usci, con scienza che doveva essere strumento a violare un serrame ma senza conoscere precisamente qual fosse per essere l' uscio che si voleva rendere aperto, si controverte il concorso dei termini di vera complicità per il difetto di cognizione della oggettività specifica. Il fabbro può dire che egli supponeva si volessero scuoprire dei segreti; può dire che supponeva se ne volesse usare a danno di un figlio o di una moglie, e ad ogni modo non può connettersi giuridicamente col fatto ciò che si eseguì senza cognizione precisa del fatto. A tale difficoltà provvede la legge creando un titolo di reato speciale nella *fabbricazione di false chiavi;* che da alcune legislazioni si estende alla fabbricazione in genere di strumenti destinati a commettere furti. In faccia all' obietto di cotesto titolo non può salvarsi il fabbro, tranne col dimostrare la sua buona fede colorata in una verosimile supposizione innocente.

§. 2176.

Quando però la esecuzione del furto non sia stata incominciata, la semplice fabbricazione di una chiave falsa (eseguita di per sè o procurata col mezzo altrui) benchè risulti destinata a rendere aperto un

determinato uscio nel fine di rubare, non è che un *atto preparatorio* punibile nei congrui termini come reato *sui generis*, ma non come *tentativo di furto*. La determinazione di commettere il furto non si è ancora bastantemente estrinsecata e può essere tuttavia nei limiti di un progetto vago. È univoco il fine dello agente, ma non è ancora univoca la *determinazione* di commettere un furto. Colui ha previsto che un giorno il bisogno potesse spingerlo a rubare in quella casa, ed ha profittato di una occasione favorevole per imitare la chiave: la determinazione di rubare è prevista da lui come un probabile evento futuro; ma non è ancora realizzata, e manca al tentativo punibile lo elemento intenzionale. Prevedo di potermi determinare al delitto, e ne preparo i mezzi per essere in grado di eseguire tale mia determinazione: ma non può affermarsi che la determinazione sia nata finchè non lo mostro col principio della esecuzione. Non è soltanto un *conato remoto*, perchè anche il conato remoto suppone una volontà positivamente determinata: è un vero atto preparatorio inserviente ad una determinazione tuttora ipotetica.

Articolo III.

Luogo.

§. 2177.

Il *luogo* dove il furto venne commesso può assumersi come criterio misuratore della quantità *politica* del maleficio sotto un duplice punto di vista,

sempre dipendente dalla mera considerazione del danno *mediato*. Può trovarvisi l'aggravante, in quanto col rubare in certi luoghi si siano offesi un maggior numero di diritti, senza denaturare il reato: e può trovarvisi in quanto lo avere in certi luoghi rubato svegli più vivo il sentimento della insufficienza della difesa privata, e maggiore ne sorga lo allarme dei buoni cittadini. Sotto il primo aspetto la aggravante è *indefinita:* sotto il secondo può dirsi definita nella scienza, e ristretta alla considerazione del *domicilio,* della *osteria* e della *via pubblica.*

§. 2178.

Dico *indefinita* la aggravante sotto il primo punto di vista, perchè può dipendere dal vario modo di vedere dei legislatori, può dipendere da speciali costumanze, o particolari interessi dei popoli (condizioni di località, di commerci o d' industrie tutte eccezionali) il trovare uno interesse più vivo a proteggere la proprietà in certi luoghi che in altri, perchè quei luoghi siano destinati a particolari servigi e bisogni del pubblico; onde sebbene la proprietà violata sia di privata spettanza, pure ne riverberi la offesa su tutti i consociati per la turbata reverenza, o menomata sicurezza del luogo. Dal che ne avviene che la scienza non possa *a priori definire* con tassativa enumerazione i casi che cadono sotto tale aggravante; potendo benissimo una località non presentare interesse in una data contrada, e presentarvelo invece qualche altra località che la scienza non abbia previsto. Bisogna dunque procedere per via di esemplificazioni in quanto alle prime, e scen-

der poscia con appositi titoli alla descrizione delle seconde; che come ho detto sono definite e che si riducono a tre.

§. 2179.

Dalla considerazione del *luogo* in ragione di una protezione particolare nacquero (a modo di esempio) nell'antica Roma i provvedimenti singolari che furono presi contro i così detti *fures balnearii* (1). Di questi si ha ricordo in Plauto *(Poenulus)* in Catullo *(carmen 33)* in Petronio *(Satyr. cap. 25)* ed in altri classici; e si trovano contemplati da vari frammenti del diritto romano: *leg. 1, 2 et 3, ff. de furibus balneariis.* Grande fu appo i romani l'amore per i bagni; e i sontuosi edifizi destinati alle pubbliche terme ne fanno testimonianza. Concorrendo colà gran folla di gente, ed essendo necessità spogliarsi degli abiti per immergersi nell'acqua, in tale intervallo era impossibile tenersi vigilanti sopra le vesti momentaneamente dimesse. Quindi la facilità di rubarle, e la frequenza di tali furti: quindi il maggiore timore nei cittadini per cagione dei medesimi: quindi gli speciali provvedimenti di protezione alla proprietà privata in quei luoghi. Si erano colà destinati degli ufficiali addetti sotto il nome di *capsarii* (2) alla custodia dei panni dei bagnanti. Si erano a cotesti *capsarii* minacciate particolari pene in caso d'infedeltà: onde nel trattato *de magistratibus romanorum* (che veggo citato (3) dall' Henriot *moeurs juridiques tom. 2, pag. 136)* trovasi che era specialmente autorizzato il *Praefectus vigilum (leg. 3, §. 5, ff. de officio praefect. vigilum)* a sottoporre alla questione i *capsarii* (cu-

stodi delle vesti nei pubblici bagni) pei furti commessi in detti luoghi. Ma ciò non bastando, si venne a minacciare pene più gravi contro i mariuoli che nei bagni portassero sulle altrui vesti la loro mano rapace.

(1) Heils *tractatus crimin. cap.* 6, §. 60 — Eckold *compendiaria pandectarum lib.* 47, *tit.* 17, §. 1 — Cannegieter Hermann *observation. jur. roman. lib.* 1, *cap.* 12, *pag.* 81 — Colero *decis.* 148, *n.* 6. Sembra però che in Germania non si riconoscesse tale qualifica: Schiltero *praxis jur. romani exercit.* 49, §. 41 — Autumno *ad* Langlaei *semestria, lib.* 8, *cap.* 2.

(2) Intorno ai medesimi sono a vedersi: Cujacio *observat. lib.* 14, *cap.* 3 — Langleo *semestrium lib.* 8, *cap.* 2 — Schultingio *recept. sentent. lib.* 5, *tit.* 3, §. 5 — Christianus Wilduogel *tract. de balneis et balneatoribus cap.* 10.

(3) Questo erudito scrittore ha qui dimenticato notare il nome dell'autore; che mi sono accertato non essere nè il Bebel, nè il Fabro, nè il Volaterrano, trattatisti *de magistratibus romanorum;* ma che suppongo essere il Fenestella *de magistratibus.* Non vi era però gran bisogno dell'autorità di uno scrittore in cosa che leggesi nel citato frammento delle Pandette. Fra i codici moderni prevede la qualifica del furto commesso nei bagni il codice Napoletano art. 412, n. 7, ed il codice di Vaud art. 272, n. 3.

§. 2180.

Altri provvedimenti analoghi si trovano sparsi qua e là nelle antiche leggi e più spesso ancora nei codici contemporanei; tutti diretti a proteggere con particolari rigori la proprietà in certi luoghi. Così trovi aggiunta una qualità al furto, quando è com-

messo in uno *spedale* o nel *tribunale* (1) o nelle *pubbliche carceri* (2) o nei *palazzi regi* (3) o più generalmente in tutti i *pubblici stabilimenti* (4). Queste provvisioni se avessero per iscopo la tutela di certe cose perchè spettanti al pubblico, richiamerebbero l' argomento del criterio misuratore desunto dalla *qualità della cosa involata*. Ma quando (come più spesso incontrasi) il furto si qualifica per tale circostanza senza riguardo alla pertinenza dell' oggetto, il criterio misuratore che viene in giuoco è quello desunto da una particolare predilezione del *luogo*. Ora perchè appunto ciò muove da una predilezione che non sempre si connette coi principii cardinali del danno mediato, difficilmente potrebbe la scienza descrivere con enumerazione completa simili specialità non accolte dal consenso universale dei legislatori, e figlie soltanto di considerazioni empiriche e non di rado inspirate da costumi locali (5).

(1) Codice Toscano art. 377 lett. *d;* codice di Napoli art. 412, n. 4.

(2) Codice Toscano art. 377, lett. *d;* codice di Malta art. 254, n. 6; codice di Napoli art. 412, n. 5.

(3) I pratici chiamarono furto *aulico* quello commesso nella casa del Principe, e spinsero il rigore contro il medesimo fino a volerlo punito di morte: Guido Papa *lib.* 23, *tit.* 6, *arrest.* 1 — Claro *sentent. lib.* 5, §. *furtum, n.* 8. *in fin.* — Harpprecht *decis.* 7, *n.* 32 — Carpzovio *practica pars* 2, *quaest.* 78, *n.* 94. Anche nelle leggi barbariche si considerò come più grave il furto commesso nella casa del Principe: Legge Bavara *lib.* 8, *tit.* 2, *cap.* 1 *et* 2 — Legge Alemanna *tit.* 31, *cap.* 1 *et* 2. Molti fra i codici moderni contemplano questa aggravante: per esempio il codice Toscano art. 377, lett. *d;* il codice Svedese del 1864 cap. 20,

§. 4; il codice di Baden §. 385. n. 3; il codice Estense art. 477, §. 1, n. 2; il codice Napoletano art. 412, n. 2.

(4) Codice Sardo art. 623, n. 2; codice di Malta art. 254, n. 4; codice del Vallese art. 290, n. 4.

(5) Sono infinite le varietà che sorgono a questa occasione dipendentemente dai riguardi tutti speciali in certe provincie ad una data industria o a costumanze particolari. Così troviamo che nel Belgio si dichiararono qualificati i furti commessi negli *orti*: Trotz *jus agrarium foederati Belgi vol. 2, pag.* 484, 489, 494, 497, 499. Così la legge Salica (*tit.* 22) puniva con maggiore severità il furto commesso nei mulini. Uguale disposizione trovasi nella legge Alemanna (*cap.* 104) ed in altre. Così il codice di Prussia (§. 218) dichiara aggravato il furto commesso nelle stazioni delle ferrovie od in un edifizio di posta. Così il codice di Vaud (art. 272, n. 4) punisce più severamente il furto commesso nei magazzini doganali; ed al precedente n. 3 quello commesso in locale ad uso di sala di spettacolo o di concerto. Così il codice di Malta (art. 254, n. 5) qualifica il furto commesso nelle barche o bastimenti ormeggiati. Così il codice Estense (art. 477, §. 1, n. 3) qualificava il furto commesso nei Monti di Pietà delle cose ivi depositate.

§. 2181.

Lasciando dunque da banda ogni analisi delle varie singolarità legislative che in questa od in quella regione costituirono o costituiscono nei furti una particolare aggravante desunta dal luogo (poichè siffatte particolarità appellano alla erudizione se s' incontrano in leggi antiche, ed appellano allo studio positivo della legislazione comparata se in leggi moderne) noi ci limiteremo ad esporre qui le tre località che al presente effetto più specialmente si contemplano nelle scuole; e sono, come ho detto,

il *domicilio*, la *osteria*, la *via pubblica*. Sarà facile al bisogno di casi analoghi previsti da leggi positive farvi la debita applicazione dei principii.

TITOLO I.

Domicilio.

§. 2182.

Prendo qui occasione di nuovamente avvertire lo errore nel quale caddero alcuni legislatori moderni, quando pretesero di definire con disposizioni generali tutte le circostanze aggravanti, o diminuenti verificabili nei varii delitti. Ottimo e santo è il pensiero cui si sono ispirati codesti legislatori, quello cioè di non lasciare alla balia o piuttosto al capriccio dei giudicanti lo ammettere o no delle attenuanze cavate non si sa donde. La legge dovrebbe definire le singole aggravanti e le singole attenuanti; e il giudice dovrebbe dichiarare qual'è l'attenuante od aggravante che riscontra nel caso: tale è il desiderato della scienza. Ma per attuare simile pensiero bisogna definire codeste respettive circostanze in ciascun titolo di maleflzio. È un impossibile giuridico stabilire in certe circostanze una aggravante od una diminuente perpetua per ogni delitto; nè più nè meno com'è impossibile giudicare tutti i morbi con uno identico criterio, e prescrivere una panacea universale. Se ne abbia esempio *nel domicilio* o *solitudine del luogo* dove il delitto si consumò. Evidente è la gravità di questa circostanza nel furto. Ma se si trasforma in una aggravante gene-

rale di tutti i delitti col premetterne la indicazione nella parte generale di un codice, si cade in assurdo, conducendo la efficacia della medesima là dove essa non offre alcuna escogitabile influenza: come, per esempio, nel falso, nell' adulterio ec.; ed ove offre una influenza sulla quantità del reato precisamente opposta, come nella ingiuria. Lo stesso ripetesi quanto al *tempo di notte,* ed altro.

§. 2183.

Nel furto però non può controvertersi che la circostanza di aver consumato la sottrazione entro il domicilio del possessore porga un criterio di aumento nella quantità politica del malefizio. Poichè peraltro questa proposizione può venire dimostrata per diverse ragioni, l' una delle quali non coincide con l' altra nè in quanto alla genesi nè in quanto all' applicazione, così ne derivò che la aggravante del domicilio nel furto concordata in genere dai diversi legislatori si estrinsecasse poi nella determinazione delle sue condizioni per modi differentissimi e spesso contradittorii. Riduco a tre i punti di vista sotto i quali può venire considerata questa circostanza: e sono — 1.° la *violazione del domicilio* — 2.° il *pericolo personale* — 3.° la *superata difesa privata.*

§. 2184.

— 1.° La *violazione del domicilio* già sopra vedemmo (§. 1651 a §. 1662) costituire un titolo di malefizio di per sè stante che collocammo fra i reati contro la libertà personale. Può dunque dirsi, cor-

rendo su questa linea, che quando il furto è commesso nel domicilio altrui si ha il concorso di due delitti l' uno dei quali è preambulo ed ha servito di mezzo al secondo; e che perciò il fondamento della qualifica sta nel concorso delle delinquenze e nella duplice oggettività giuridica che si attaccò dal colpevole. Conseguenza di questo modo di vedere è direttamente quella che a riconoscere la aggravante sia necessario il carattere criminoso nello ingresso in altrui domicilio. Laonde se lo agente rubò sì nel domicilio altrui, ma dopo esservi stato spontaneamente accolto dal proprietario la qualifica viene necessariamente a sparire. Di tale verità abbiamo la prova nella *leg. 7, ff. de extraord. crimin.* I romani chiamavano *derectarii* (come notai al §. 2024, nota 2) quei ladri che s'introducevano nell' altrui domicilio a fine di rubare: ma negavano l'odioso titolo di *derettario* a chi in casa altrui fosse entrato per altro fine e sciente e paziente il padrone, e approfittandosi della occasione avesse tolto una qualche cosa; *derectarius non est qui in coenaculo non furandi animo intravit.* Conseguentemente anche i moderni legislatori che hanno guardato la presente qualifica in questo punto di vista hanno dovuto dettarla sotto la condizione che lo ingresso nel domicilio del possessore esaurisse già la violazione di un diritto, e non fosse avvenuta consenziente il derubato.

§. 2185.

— 2.° *Pericolo personale.* Totalmente difforme dal primo è questo secondo punto di vista. Nel medesimo non si considera nè la pluralità dei diritti lesi,

nè la manomessa difesa privata, ma unicamente si prevede il possibile che il proprietario sorprenda il ladro nella sua abitazione e ne nasca una lotta che ponga a repentaglio la sua vita o la sua salute. Sotto questo aspetto l' aggravante del domicilio si fece rientrare nella qualifica del *furtum periculosum*, previsto (come già più volte notai) dalle antiche legislazioni germaniche. Fu pure conseguenza di cotal punto di vista lo estendere la aggravante anche alle *adiacenze del domicilio*, lo che non si sarebbe giustamente potuto nel primo punto di vista. E ne fu pure conseguenza non meno rilevante che parecchie legislazioni moderne seguitando siffatto pensiero non facessero del domicilio una qualifica assoluta e costante isolatamente guardata, ma la proclamassero tale soltanto qualora si accompagnasse o con la *delazione di armi*, oppure col tempo di notte; oppure con la *pluralità di agenti*; oppure con queste circostanze riunite. È evidente che tutte tali considerazioni non hanno la loro ragione in altro che nel pericolo personale.

§. 2186.

— 3.° *Manomessa difesa privata.* Prescindendo dalle due anteposte considerazioni può trovarsi una ragione di qualifica nel mero riguardo alla conculcata difesa della roba. È indubitato che le diligenze del proprietario si estrinsecano in un modo particolare col tenere la roba presso di sè o almeno nella sua casa. Di qui un motivo di allarme aumentato quando fu superata quella diligenza; e viceversa di allarme diminuito quando diede occasione al furto

la scioperataggine del possessore che lasciò senza bisogno qua o là incustodita la roba sua. Ora è facile comprendere che se la qualifica si accetta su questo fondamento, il domicilio diviene una aggravante più estesa ed incondizionata, alla quale in sè stessa considerata appartiene una forza cui è indifferente il concorso della notte, delle armi, delle più persone, della criminosità o non criminosità dello ingresso, ed altre simili. Insisto su queste minute osservazioni per assuefare i giovani a comprendere che in criminale una formula riesce sempre elastica, se non si connette con la ragione cardinale a cui la medesima s' inspirò.

§. 2187.

Il codice Sardo (art. 608, n. 1) calcando le orme del codice Francese (art. 281, n. 4) valuta la circostanza del *luogo abitato o destinato ad abitazione* e delle sue *adiacenze* nella sola contingenza che vi si congiungano altre circostanze. Il codice Toscano le dà poca importanza (1). Ma qualunque sia la condizione alla quale si subordina dalla legge positiva siffatta qualifica, importa sempre indagare cosa si debba intendere per *luogo annesso*, o *adiacente* o *dipendente* da casa abitata o destinata alla abitazione, al quale generalmente viene estesa la protezione speciale accordata alla casa.

(1) Per le leggi inglesi la irruzione violenta nel domicilio privato in tempo di notte per fine di commettervi furto è dichiarata *burglary*, e come tale punita con la servitù della pena per tre anni almeno ed anche a vita: Davis *the cri-*

minal law pag. 59, §. 52; ove nota che per la pratica inglese se un' abitazione esiste dentro un recinto e dentro lo stesso recinto esista un altro edifizio non destinato all' abitazione, ed in questo sia commesso il delitto, non si considera come commesso nel domicilio, ammenochè non vi sia fra quel casamento e il luogo di abitazione un passaggio chiuso e coperto per la reciproca comunicazione. In ciò la legge Inglese è più benigna della Francese, la quale all' art. 386 del codice penale identifica col *domicilio* anche le sue *adiacenze*.

§. 2188.

E qui di nuovo è a contemplarsi lo spirito di tale estensione. Questo deve derivare da una identità d' interesse che presenti egualmente l' adiacenza come la casa. Ora a tal fine è necessario — 1.° che la località a cui vuole estendersi la protezione speciale sotto il colore di adiacenza a casa abitata sia nel *possesso* e godimento di quello istesso a cui danno fu consumato il furto — 2.° che fra la pretesa adiacenza e la casa abitata siavi una possibile *comunicazione interna* (1) — 3.° che la pretesa adiacenza abbia un *recinto* (2). Se il luogo è *aperto;* se da un locale anche chiuso non poteva mai per tempo alcuno *accedersi* alla casa abitata confinante; se in quel recinto non aveva alcun *diritto* o *godimento* lo inquilino che abitava la casa attigua: il contatto di quella località con la casa abitata è un accidente senza significazione giuridica e senza importanza politica ai fini che qui si cercano.

(1) Così anche il Supremo Tribunale di Parma decise più volte che una bottega sebbene inclusa nello ambiente di una casa abitata non era dipendente o annessa al domicilio, per

il fine di qualificare il furto ivi consumato, se non aveva una comunicazione interna con l'abitazione: Melegari *decisioni vol.* 2, *pag.* 90; *e vol.* 4, *pag.* 70.

(2) Un' altra formula fu adottata dal §. 221 del codice Prussiano del 1851 che costituì una qualifica del luogo chiuso. Ma quella formula venne (giustamente a mio credere) censurata dal compianto Mittermaier come troppo vaga ed elastica e quindi pericolosa, in una sua dissertazione riprodotta nell' *Eco dei Tribunali n.* 1625.

§. 2189.

Del resto generalmente agli effetti di che nel presente titolo si parifica la casa *destinata alla abitazione*, alla casa attualmente abitata nel momento del furto. Se questo avvenne mentre il proprietario era assente, ciò non toglie che egli potesse trovarvisi: e il pensiero di questa possibilità rende uguale lo aumento dello allarme eccitato dalla possibilità di un pericolo personale. Sempre d' altronde si aggiunge alla offesa contro la proprietà reale anche la violazione del domicilio. Sicchè la parificazione dei due casi è giustissima. Non sarebbe però applicabile la qualifica quando nel locale non destinato all' abitazione (1) si fosse casualmente trattenuto uno individuo. È nella natura e destinazione del casamento e non nello andare e venire delle persone che trova la sua radice questa aggravante.

(1) Chaveau (*théorie n.* 3522) insegna che è il fatto quello che dà la qualità di abitata alla casa e non la destinazione, e riporta un giudicato in questo senso della Cassazione di Francia del 4 settembre 1812. È però da osservarsi che in quel decreto fu ritenuto che nella stalla dormiva *abitual-*

mente il custode del bestiame, e che conseguentemente si ebbe l'abitualità come criterio della qualifica. Lo stesso Chaveau (*n.* 3326) esamina la questione se possa considerarsi casa abitata una pubblica vettura; e la risolve nel senso negativo, come già lo era stato dal decreto della Cassazione del 7 settembre 1827.

Titolo II.

Osteria.

§. 2190.

Tostochè si prevede che l'uomo nel corso della sua vita abbia occasione di fare viaggi più o meno lontani, e più o meno lunghi, o per diporto o per istruzione, o per interessi e speculazioni, viene per necessità a prevedersi che egli debba o per cibarsi o per ripararsi dimorare in casa straniera (perchè egli non può avere in ogni luogo una casa sua propria) e il più sovente presso sconosciuti, difficile essendo che egli abbia per tutto conoscenti ed amici disposti a dargli gratuita ospitalità. Da tale previsione nacque naturalmente una serie di particolari industrie; poichè la genesi di tutte le industrie risale al calcolo degli umani bisogni. E così nacquero ovunque una quantità di uomini e di luoghi compresi sotto il nome generico di *osti* ed *osterie,* che vennero facendo per veduta di proprio lucro il mestiero di alloggiare i viaggiatori, o dare loro semplice cibo; donde poi nacquero le subalterne specie di trattori, albergatori, locandieri, affittacamere, addozzinatori, ed altri simili: i quali tutti variando

solo in certe forme della loro speculazione rientrano nella appellazione di *osti* presa in un senso latissimo, e certamente presentano un carattere d'identità in ordine ai rapporti giuridici emergenti da siffatte industrie (1).

(1) Vernesco (*du vol pag.* 76) venne a dirci che la qualifica a carico dell'oste risaliva al diritto romano ed aveva sua ragione nella disposizione che rende gli osti responsabili degli oggetti consegnati dal viaggiatore nella sua locanda. Io veramente non comprendo l'ordine logico di tale deduzione. Lo essere *a mio pericolo e sotto la mia responsabilità* la cosa da me sottratta parrebbe a me che fosse una ragione per dubitare piuttosto del concorso di una diminuente per la più facile reparabilità del danno immediato. Ma poco vi vuole a trovare il motivo tutto *politico* della aggravante, non già nella tradita fiducia soltanto (che questa è ragione tutta morale, e non sempre accettata) ma nella *necessità* del deposito e nella *impossibilità della custodia*, che aumentano il danno mediato per la difficoltà di guarentirsi contro il delitto commesso in questa forma.

§. 2191.

Questi rapporti giuridici esercitarono il loro influsso anche sulla materia del furto. Si previde che gli albergatori o loro dipendenti potessero abusare della situazione per derubare il passeggero ospitato, o che questi potesse alla sua volta abusare della accoglienza per commettere furti nel luogo dove era ricevuto. Due considerazioni primeggiarono nello studio di questo rapporto eccezionale — 1.° la speciale *fiducia* che per effetto della speculazione volontaria da un lato e della necessità del viaggio

dall' altro lato viene a correre fra albergatore ed albergato — 2.° la impotenza in cui versano entrambo di custodire le cose proprie in faccia al pericolo della respettiva rapacità. Da queste due considerazioni o congiunte o separate nacque fino dai più remoti tempi il pensiero di sottoporre a speciali provvedimenti gli osti; ed in particolare di minacciare più severe repressioni contro i furti che da loro si commettessero a danno degli albergati: ed i romani estesero uguali riguardi anche alle navi destinate (1) al trasporto dei viaggiatori.

(1) La pratica guardò la località delle navi sotto un più largo punto di vista qualificando il furto commesso in quelle anche da chi non vi era ospitato: **Dolfio** *allegatio* **105** *n.* **18.** Il codice Sardo della marina mercantile equipara al furto domestico negli art. **315** e **317** il furto commesso sui bastimenti.

§. 2192.

Ma quelle considerazioni conducevano di necessità logica alla reciprocanza della qualifica: reciprocanza ingiustamente disconosciuta da presso che tutta l' antichità, ed anche da alcuni codici contemporanei che hanno protetto il viaggiatore dall' oste, e non l' oste dal viaggiatore. Anche l' oste è per la necessità della sua condizione obbligato a ricevere persone sconosciute nello albergo: anche l' oste usa una fiducia ospitale verso colui che accoglie nelle pareti domestiche, rimpetto al quale non può adoperare per la custodia delle sue cose le cautele che adopera in faccia a quelli di fuora. A buona ragione pertanto il codice penale Toscano (art. 377, let. *l*)

ha sanzionato la *correspettività* di codesta qualifica; onde si aumenta la quantità del furto così a carico del viaggiatore od ospite che derubi dallo albergo, quanto a carico dello albergatore e suoi dipendenti che derubino il passeggiero; non esistendo più negli odierni costumi la vecchia odiosità che affliggeva i poveri osti (1).

(1) In alcune pratiche, e specialmente in quella di Francia, il furto commesso nelle osterie non si guardò con odio speciale, ma invece si usò particolare rigore contro i furti commessi dagli osti a danno dei viaggiatori. Già il Claro (*sent.* §. *furtum*) aveva detto essere gli osti *genus furacissimum* meritevole di misure eccezionali; e lo stesso ripetè Soarez (*thesaur. recept. sentent.*) il quale disse gli osti esser dediti *abstutissimis fraudibus et malitiis;* e Charondas (*Memorables observations, mot hoste*) ricorda parecchie ordinanze di Francia dettate in odio degli osti, e lamenta che non fossero rigorosamente osservate: onde non sorprende che Jousse (*justice criminelle vol.* 4, *pag.* 185) ne accerti che il furto degli osti a danno dei viaggiatori si puniva come furto *domestico,* che è quanto dire con severissima pena.

§. 2193.

Ella è però condizione indispensabile dell' uno e dell' altro caso che lo alloggio sia dato per *mercede* e non per semplice amicizia o benevolenza. Furono è vero discordi i dottori sul punto di decidere se in ordine alla qualifica desunta dallo alloggio fosse estremo necessario la mercede. Alcuni vollero che anche colui che era ricevuto nell' altrui casa a *titolo di amicizia* dovesse, commettendovi furto, tenersi responsabile della qualifica: Mornac *in leg.*

licet ff. nautae Caupones etc. Altri però sostennero il contrario; e questa opinione sembra prevalente. In tale divergenza a me parrebbe dovesse procedersi con distinzione di casi. Sta bene che si dica non doversi aggravare la mano contro colui che alloggia gratuitamente, o gratuitamente porge cibo ad un viaggiatore, onde non rendere a lui nocevole un atto di sua generosità e benevolenza; quantunque in fine dei conti supposto il furto la generosità di costui divenga assai problematica. Ma non può dirsi altrettanto dello albergato, nel quale si aggiunge la ingratitudine quando tradisce la gratuita ospitalità. Rapporto a costui la unica differenziale sta in questo, che nell' oste l' accoglienza è *necessaria* mentre nel privato è volontaria; cosicchè se questi rimane vittima di una sua ultronea ed incauta fiducia si minora la forza morale oggettiva, ossia il danno mediato del malefizio (1).

(1) La qualifica del furto degli osti si è voluta recentemente impugnare in radice con una osservazione, la quale per la sua troppa larghezza merita di essere raccolta. Si è detto inopportuno aggravare la pena contro gli osti che derubano i passeggieri perchè essi hanno *nella stessa loro situazione un fortissimo freno che li trattiene dal far ciò* per non perdere gli avventori alla loro taberna. Questo rilievo puramente empirico non può aver peso in faccia ai fondamenti della dottrina. — 1.° Esso prova troppo; anche il servo ha interesse di mantenersi in fama di probo, l' impiegato, il notaro, l' avvocato in fama di probi; anche la moglie ha interesse di mantenersi onesta. L' interesse ben inteso di tutti costoro li spinge a non abusare della loro situazione. Ma che prova ciò? — 2.° Il giure penale contempla il fatto quando *è avvenuto;* ed allora è positivo che la passione malvagia

ha soverchiato i calcoli ordinarii. Il servo ha creduto al pari dell'oste trovare nel lucro del furto un vantaggio che lo compensa della perdita degli avventori. Nel misurare la imputazione di costui con qual ragione valuterete un calcolo che egli non ha fatto, o che almeno egli ha fatto in un modo tutto opposto alle vostre previsioni? — 3.° Il vizio radicale di questa obiezione sta poi nel confondere i criterii della quantità del reato con i criterii eventuali del suo grado. La quantità dei reati deve misurarsi sopra criterii puramente *oggettivi*. Questa forma criminosa genera maggiore spavento; contro questa forma è più difficile premunirsi mercè la difesa privata: dunque quantità politica maggiore. Le indagini *soggettive* trasportate nello studio della *quantità* convertono in una casuistica senza guida quella dottrina che vuole essere adagiata sopra principii immutabili e logicamente concatenate fra loro. Ai bisogni della giustizia distributiva in ciò che riguarda le condizioni soggettive del malefizio supplisce ad esuberanza la teorica delle *degradanti*. Ma chi vi sarà mai che trovi una degradante nella circostanza di avere delinquito ad onta di un più vero interesse che respingeva dal delinquere? Il risico di un maggior danno nel delinquere mostra in chi delinque malgrado ciò una maggiore tenacità di perverso volere. I cittadini non hanno da ciò argomento di essere più tranquilli, ma invece hanno buona ragione di maggiormente allarmarsi pel fatto di coloro che in simili condizioni delinquano. Dire ai cittadini a delitto avvenuto che non hanno ragione di allarmarsi perchè il più vero interesse del colpevole lo avrebbe portato a non delinquere, ha l'aspetto di una derisione. I cittadini rispondono con allarmarsi, perchè il fatto eloquente mostra a loro i calcoli dei malvagi non sempre corrispondere ai calcoli speculativi del filosofo.

§. 2194.

Indifferente è però che gli oggetti derubati dal viaggiatore appartengano all'oste o ad *altri*, purchè

esistenti nello albergo; e la ragione di ciò è intuitiva pei principii della civile responsabilità. Parità di ragione esige che i provvedimenti relativi agli osti si estendano ai trattori, caffettieri, agli addozzinatori, ed agli affittacamere (1). Così insegnò Puccioni *(Commento vol. 5, pag. 67)*; così stabilì la Corte di Cassazione di Firenze con i suoi giudicati del 31 marzo, e 24 novembre 1855. Se poi il furto si commetta da un servo o dell'oste o del viaggiatore, dovrà correre ugualmente la presente qualifica, salvo quando le condizioni del fatto esauriscano i termini del famulato descritti (§. 2098 e segg.) di sopra: nella quale ipotesi per la dottrina della prevalenza una qualifica può venire assorbita dall'altra secondo la respettiva gravità; non però mai duplicarsi.

(1) E ciò quantunque lo affittatore della camera non faccia di questo una sua speculazione abituale, ma abbia proceduto al contratto per una accidentalità transitoria: *Annali di Giurisprudenza Toscana XX*, 1, 702. Molto meno è dubbia la qualifica nel caso opposto: *Annali Toscani XVII*, 1, 1024. La questione se l'aumento di pena contro il furto commesso dagli osti e locandieri debba estendersi ancora agli affittacamere si è agitata anche in Francia con diversa vicenda. Le Corti reali abbracciarono la negativa. La Cassazione in camere riunite con decreto del 27 giugno 1811 si pronunziò per l'affermativa: e questa ebbe sanzione da una decisione del Consiglio di Stato del 10 ottobre dello stesso anno. Parimente fu agitata la questione se la qualifica contemplasse la ipotesi ancora del momentaneo fermarsi del viandante nell'albergo, e fu risoluta affermativamente dalla Cassazione col decreto 14 febbraio 1812, il quale d'altronde ha sua base nel disposto della *l. 6, §. 3, ff. nautae caup. stabul. — qui hospitio repentino recipitur veluti viator.*

§. 2195.

La specialità del furto nelle osterie fu contemplata ancora sotto il punto di vista della *prova*, e fu per alcune pratiche stabilito che in ordine alla *quantità* delle cose rubate dall' oste dovesse interamente starsi al giuramento dello albergato: Claro *lib. 5, §. furtum, n. 27* — Lapeyrere *décisions du palais lit. h, n. 32* — Jousse *justice criminelle vol. 4, pag. 180*. Ma questa ricerca che fu importantissima sotto il sistema delle prove legali, diviene di poco interesse sotto il metodo della intima convinzione.

§. 2196.

Lo influsso della qualifica di osteria sulla penalità si elevò dal codice Francese del 1810 ad alto grado, portandola alla pena infamante di dieci anni di reclusione, art. 386. Questa severità fu mitigata in Francia dalla legge del 25 giugno 1824, e dalla legge del 28 aprile 1832; le quali ristabilirono la distinzione fra furto commesso dall' oste contro il viandante e furto commesso da questo contro quello o contro altri nella osteria: e mantenendo la pena della reclusione pel primo caso la ridussero al carcere pel secondo. Non vi ha dubbio che il viandante abbia diritto a protezione maggiore verso l'oste che non questo verso quello: ma anche lo albergatore di professione essendo costretto ad accogliere chiunque si presenta nel suo stabilimento è in una situazione più esposta alla rapacità altrui che non sia quella di ogni altro cittadino. Oltre a ciò la ri-

forma francese non provvide alla difesa del viandante rimpetto alla rapacità di altro viandante: e fu grave lacuna. E il codice Sardo che, all' art. 607, n. 3, volle imitare la riforma francese lasciò pure questa lacuna dichiarando qualificato soltanto il furto commesso dall' oste o suoi dipendenti a danno dei viaggiatori. Il codice Toscano (art. 377, lett. *l)* riunì i tre casi e li assimilò, dichiarando il furto aggravato; e così infliggendo ad ogni sottrazione commessa nella osteria da chi vi era ricevuto o viceversa dall' albergatore, la carcere aumentata di quantità.

TITOLO III.

Via pubblica.

§. 2197.

Anche la *via pubblica* (1) è un luogo nel quale tutti gli uomini hanno frequente necessità di condursi, e dove non possono usare diligente custodia di quegli oggetti di loro proprietà che hanno bisogno di trasportare secoloro. Qui non fa giuoco alcuno la idea della tradita fiducia: il viaggiatore trae seco la roba sua, non l' abbandona nè l' affida ad alcuno. La idea che domina la configurazione del furto in tali località è quella della minorata potenza della difesa privata. Laonde una prima deduzione logica di tale concetto si è che il furto commesso in pubblica via (2) debba aversi come qualificato soltanto quando cade sopra merci *trasportate da luogo a luogo,* perchè allora soltanto ricorre la necessità di omettere la vigilanza del proprietario. Chi

per elezione sua lasci le cose proprie sopra una via pubblica non può invocare il diritto ad una speciale protezione.

(1) Anche gli antichi ebbero grandi cure e regolamenti intorno alle pubbliche vie, come può vedersi nella dissertazione di Meinert *de jure viarum publicarum, Lipsiae*, 1842.

(2) Si veda Coccejo *Dissertat. vol.* 1, *exercit.* 34 *de regali pubblicar. viar. jure* — Ottone *de tutela viarum pag.* 533.

§. 2198.

Altra deduzione da quel principio (1) si volle pur fare insegnando che la qualifica desunta dalla via pubblica non fosse applicabile quando il furto era caduto sopra cose che il proprietario recava indosso. Si disse allora (e sotto un certo punto di vista parve una verità) che maggior custodia delle cose proprie non può usarsi oltre quella di tenerle indosso. Ma io non credo accettabile questa limitazione. Tenere indosso viaggiando i denari od altre cose di valore è una cautela o difesa supplementaria della proprietà: ma è sempre vero che la difesa ordinaria e primaria di quei valori (la quale consisterebbe nel tenerli chiusi entro il proprio scrigno) è stata derelitta dal proprietario, e derelitta per una necessità.

(1) Fu per causa degli infestatori delle vie pubbliche che ebbero origine i così detti *stazionarii*, istituiti da Augusto e da Tiberio; i quali altro non erano che gruppi di militari accasermati sulle pubbliche vie affinchè le vigilassero a sicurezza dei viandanti: Cujacio *observationum lib.* 19, *cap* 11.

Ai quali stazionarii erano preposti dei prefetti denominati *Irenarchi*, quasi *pacis auctores*. L'ufficio di questi era di raccogliere le denunzie degli stazionarii relative ad assalti commessi sulle pubbliche vie, e tradurre i colpevoli dopo averne procurato l'arresto in faccia alle autorità giudiciarie, istituendo accusa contro di loro perchè fossero puniti. Cosicchè in questi Irenarchi vedesi il primo embrione dei *Procuratori del Fisco* (vedi sopra §. 855 nota, e §. 865 e segg.). Quelli ebbero un' attribuzione di accusa ristretta alle delinquenze che osteggiavano la quiete delle pubbliche strade: questi ebbero un' attribuzione di accusa o di persecuzione ristretta ai reati che portavano multe e confische al pubblico erario. Queste prime idee si vennero poscia allargando e ne sorse la figura del pubblico accusatore, costituito in ufficio speciale con attribuzione illimitata della persecuzione di tutti i delinquenti: *leg.* 49, *Cod. Theod. de custodia reorum; leg. un. C. de Irenarchis* — Pitisco *lexicon antiquitatum vol.* 1, *pag.* 972 — Guthero *de officio domus Augustae lib.* 3, *cap.* 33 — Ottone *de tutela viarum pag.* 540 — Schwarz *exercitat. academ. exercit.* 6, *de Irenarchis, thes* 20.

§. 2199.

Per identità di ragione deve estendersi la speciale protezione anche alle *adiacenze* della via pubblica nelle quali sogliono fermarsi (1) le vetture durante il viaggio. Ed in tal senso fu giudicato anche dalla Corte di Cassazione di Firenze col decreto del 9 giugno 1855. Identità di ragione porterebbe in faccia alla scienza a parificare alle vie pubbliche anche i canali (2) destinati alla navigazione di trasporto. Ma in faccia al diritto costituito la Corte di Cassazione di Firenze col suo decreto dell' 11 decembre 1858 si pronunziò contro tale estensione.

(1) In faccia al codice Toscano che alla qualifica della via pubblica richiede che il furto sia commesso *durante il trasporto* della merce, si elevò dubbio se vi cadesse il furto commesso sopra una vettura fermata colà per dare riposo al cavallo; e fu deciso che sì: *Annali Toscani XVIII*, 1, 556, 557.

(2) Così la Cassazione di Francia col suo decreto del 10 settembre 1813 assimilò il furto commesso sui fiumi, riviere o canali navigabili a quello commesso sulle pubbliche vie. In Toscana al contrario la Suprema Corte di Cassazione col suddetto giudicato del 1858, attenendosi allo stretto significato delle parole *pubblica strada* dichiarò che di fronte alle regole di ermeneutica legale, non poteva farsene applicazione estensiva ai fiumi o canali navigabili. Il Puccioni (*commento vol.* 5, *pag.* 76) mentre concorda nelle ragioni speciali che dettarono quel giudicato, sembra riconoscere che in punto astratto di scienza debbansi per identità di ragione parificare nella qualifica sì questi che quelle.

§. 2200.

Per applicazione del principio regolatore della presente qualifica si è generalmente stabilito dalle legislazioni e dalle giurisprudenze che questa qualifica della pubblica via non voglia essere presa in considerazione entro le città, dove mancando i pericoli della solitudine (1) cessa la ragione dello aggravare: e questo pensiero si allargò a tutte le borgate o fitte riunioni di casolari che una strada quantunque pubblica venga traversando nel corso suo; laonde la via pubblica offre per parte della legge punitiva una protezione speciale quasi saltuaria ed interrotta. Il concetto cardinale si volle da taluno esprimere con una formula più vasta ed indefinita proclamando qualificato il furto che si consumasse

in *luogo solitario* (2) qualunque ne fosse la destinazione. Ma la elasticità di questa formula del *solitario* già ad altre occasioni io venni censurando. Rimane è vero un che di perplesso anche nella formula comunemente accettata di *borgate*, o *casolari riuniti*, lasciando alla prudenza del giudice la balìa di dilatarne od angustiarne la applicazione secondo il numero maggiore o minore dei casolari: ma ella è pur sempre meno ambigua dell' altra.

(1) Nelle leggi penali francesi che precedettero il codice del 1810 ciò era esplicitamente dichiarato: e la giurisprudenza delle Corti di Francia ha mantenuto questa distinzione nell' applicazione del detto codice sebbene dal medesimo si fosse taciuto. In questo senso infatti fu giudicato dalla Corte di Cassazione il 6 aprile 1815, il 4 gennaio 1822, il 7 aprile 1829, il 22 decembre 1835, ed il 7 aprile 1865.

(2) Codice Spagnuolo art. 425 — *en despoblado*.

§. 2201.

Ma quali sono le conseguenze alle quali conduce nel furto questo aggravamento della pubblica strada? Qui pure incontrasi varietà ed urto, così tra le antiche come tra le moderne legislazioni. Da alcune la via pubblica fu accettata come aggravante *perpetua* di per sè stessa, benchè non accompagnata da ulteriori circostanze. Altri invece la vollero disprezzata nel suo isolamento, ed efficiente solo ad un rincaro di pena quando vi si unisse o la notte, o le armi o il numero delle persone, o più generalmente la violenza contro i passeggieri (1). Ed in tale rincaro di pena ondeggiarono pure i legislatori; spingendola gli antichi fino alla morte, e con cre-

scente rigore anche alla morte esasperata e crudele, mentre i più moderni, eruditi dalla esperienza di questo solenne vero che lo eccessivo rigore dei supplizi rende sempre più fitte le delinquenze, vennero scendendo più abbasso nelle punizioni ed aumentarono così la sicurezza personale dei viaggiatori.

(1) Al sommo apogeo si elevò la protezione delle vie pubbliche da coloro che vollero punito di morte ogni furto commesso in quelle, benchè non accompagnato da altra odiosa circostanza e commesso anche da un solo: Asinio *de religiosis n.* 147, *pag.* 125 — Hertius *responsa tom.* 1, *cons.* 570. Poco addietro rimase il codice Francese del 1810 che per la unica circostanza della via pubblica minacciava all'art. 383 la galera a vita. Ciò venne mitigato ma non corretto dalla riforma del 1832, la quale conservando la detta pena pei casi in cui ricorressero due delle circostanze aggravanti enumerate nel precedente art. 381, la ridusse ai lavori forzati a tempo ognorachè vi si riscontrasse una sola delle medesime, ed alla reclusione in tutti gli altri casi; penalità sempre esorbitante in faccia alle molte combinazioni nelle quali la via pubblica è una accidentalità senza significato giuridico nel furto. Ma in Francia la severità contro i furti nelle pubbliche vie risale alle antiche ordinanze, segnalate da tutti per lo straordinario rigorismo. Vedasi Jousse *justice criminelle vol.* 4, *pag.* 214; e Serpillon *code criminel vol.* 1, *pag.* 180.

§. 2202.

Fu tale l'odio contro gli autori di furti sulle pubbliche vie che a riguardo loro si riprodusse quel fenomeno (già da noi avvertito altrove come costante) del dare a coloro un nome speciale; e fu quello di *grassatori* e *grassazione* (1). Intorno al

qual nome, poichè nacque discordia fra i legislatori contemporanei volendosi da alcuni abolire siccome inutile mentre altri si arrabattano a conservarlo tenacemente quasi fosse l' arca santa della dottrina, abbiamo un interesse attuale di dimorare per qualche istante.

(1) Catalano *divis. tractatus crimin. cap.* 35, *n.* 43 *et seq. pag.* 287 — Biener *opuscula vol.* 2, *opusc.* 48, *pag.* 220 *ad* 225.

§. 2203.

La parola *grassari* da cui *grassator, grassare, grassazione, grassatore* (che il Du Cange registra *crassare, crassator,* ed altri *grassare, grassatore)* si adoperò dagli antichi latini nel senso di *adulare* e specialmente si applicò ai parasiti che aggredendo nelle piazze e nelle vie (1) i cittadini facoltosi cercavano a furia di complimenti di strapparne un invito a pranzo. Poscia trovossi usata ad indicare i ladroni che aggredivano per le pubbliche strade i passeggieri con impeto violento per derubarli. Io tengo per dubbioso se il senso vero primitivo di questa parola fosse il primo, e si venisse poscia ad usarlo nel secondo per modo di figura; o se piuttosto il senso primitivo fosse il secondo e passasse la parola allo altro uso in senso figurato; e forse su ciò difficilmente ci chiariranno gli eruditi. Comunque sia, certo è che questa parola la quale non sembra accettata nel buono italiano volle esprimere l'atto di irrompere improvvisamente *(adoriri)* in una pubblica via sopra di alcuno e circondarlo per cavarne un lucro; e che nel processo dei

tempi più non si applicò ai parasiti, ma soltanto ai ladroni. Così passò questa parola nel dizionario criminale perchè accolta da grande numero di legislazioni e bandi dei tempi di mezzo. Ma il vero significato giuridico di questa parola non fu mai netto e pronunziato, sicchè concordemente vi si annettesse nelle scuole e nel foro una precisa designazione delle circostanze che dovevano costituirla.

(1) Fecesi una differenza fra *gradior* e *grassor;* e pare che consistesse nel procedere verso di alcuno con lenti passi (*gradior*) o farglisi addosso con impetuosa velocità (*grassor*). Così l'Ottone (*de tutela viarum pag.* 534) *grassatores, sunt qui non gradiuntur sed cum impetu grassantur ad rapinam.* Ma parvero anche più odiosi gli *expilatores*, nome che fu dato a quei ladri che denudavano i passeggieri *et eis ne quidem pilum relinquunt,* come notò Saturnino *in leg.* 16, §. 6, *ff. de poenis,* e sui quali dissertò dottamente contro lo Azevedo il Mattheu et Sanz *de re criminali controversia* 42. Certo è che il verbo *grassari* ebbe due sensi: l'uno buono (*grassari ad gloriam*) e così lo usò Sallustio *in Jugurtha cap* 1; e Livio *lib.* 10, *cap.* 14: e l'altro cattivo per indicare lo infestamento delle vie; e così lo usò Svetonio *in Augusto cap.* 66; e Tacito lo adattò ancora a coloro che notturnamente davano noia per petulanza ai passeggieri; e Gellio (*lib.* 20, *cap.* 1) assimilò i grassatori notturni ai sicarii.

§. 2204.

Trovasi infatti che per alcuni si dissero *grassatori* coloro soltanto che sulla pubblica via *uccidevano* il viandante per derubarlo. Altrove anche coloro che soltanto lo ferivano od usavano a quel pravo

fine violenze reali sopra di lui. Altrove anche coloro che usavano sole minaccie. Altrove si estese quella denominazione all'aggressione operata da un solo; ed altrove si dimandò la pluralità degli aggreditori. Ora si vollero le armi a costituire quel titolo, ed ora no. E persino si mise da banda la pubblica via, e si dissero rei di grassazione anche coloro che irrompevano nelle case private ad usare violenza contro le persone per fine di furto. Laonde io trovo impossibile dare una definizione esatta in senso scientifico, e neppure in senso di pratica universale di questo preteso titolo di reato, e stimo opportuno (molto più che è voce barbara) di bandirlo affatto dalle legislazioni e dallo insegnamento, e consegnarlo alla storia ed alla filologia; bastando ai bisogni della scienza e della giustizia definire le circostanze di fatto che qualificano il furto, sieno desse il numero delle persone, o il modo della violenza o delle armi, o il luogo della pubblica via. Tanto è vero questo mio pensiero che la Corte di Cassazione di Napoli col suo decreto del 13 marzo 1865 annullò una sentenza condennatoria per titolo di grassazione, perchè quantunque il verodetto avesse affermato codesto titolo, non aveva però affermato eziandio tutte le singole circostanze che per l'art. 596 del codice Sardo (1) vengono richieste a costituire la grassazione: le quali sono — 1.° l'omicio mancato o tentato, od anco le ferite percosse e maltrattamenti (*latrocinio e furto violento* delle scuole); oppure — 2.° le minaccie *nella vita* a mano armata; oppure — 3.° le più persone anche non armate; oppure — 4.° anche una sola persona munita di armi apparenti o nascoste. E niente richiede la pubblica

via, ammettendo così una *grassazione* in casa. Questa così detta grassazione è dunque una creazione cerebrina che varia sempre nei varii codici penali. A qual pro conservare una nomenclatura così mutabile per tenerezza verso una parola barbara? Certo è che nella scienza essa non è definita e non è definibile.

(1) Io non so capire la ostinazione di alcuni dei nostri (e di molti francesi che fanno mostra di saperne più che non è delle cose nostre) di voler chiamare *codice penale Italiano* il codice Sardo-Lombardo improvvisato da Rattazzi nei pieni poteri del 1859. Non si sa o si finge di non sapere che in Italia abbiamo quattro codici penali: il Toscano del 1853: il Veneto, che è l'Austriaco tuttavia conservato nelle provincie del Mantovano, del Trevigiano, del Veneto e del Friuli: il codice Sardo-Lombardo, che regola il vecchio Piemonte, la Lombardia, l'Emilia, le Romagne e l'Umbria: e il codice Sardo-Napoletano, formato da dottissimi giureconsulti Partenopei i quali si adoperarono riuniti in Commissione sotto la Luogotenenza del 1861 alla erculea fatica di purgare il codice Sardo dei più gravi fra i moltissimi errori dei quali rigurgita. In tale stato di legislazione ci pare temerità dare il nome di codice penale Italiano a quel codice Sardo che governa la minoranza degli Italiani. Fosse almeno che quel predicato gli si dasse perchè vergato in buon italiano! Ma disgraziatamente neppur questo può dirsi.

§. 2205.

I ladri che infestavano le vie pubbliche furono chiamati dai romani *improbi fures (l. 14, §. 12, ff. quod metus causa; l. 1, ff. de effractoribus; l. 2, §. 10, ff. de vi bon. rapt.)* per designare l'avver-

sione in che si tenevano e lo spavento che se ne aveva: ma non pertanto la loro punizione non eccedette in principio quella del quadruplo. Trovasi poi (*leg. 28, §. 10, ff. de poenis*) minacciata la pena capitale nel solo caso peraltro di recidiva: *utique si saepius hoc admiserunt*. Posteriormente si hanno testimonianze che venissero esposti alle fiere ed anco abbruciati vivi, e poscia più comunemente confitti in croce: Tertulliano *de spectaculis cap. 21* — Seneca *epist. 7*. Ma dopo gli editti di Costantino abolito il supplizio della croce vi fu sostituita la *forca*; onde vogliono gli eruditi che ovunque nelle Pandette (per esempio nella *l. 3, §. 5, ff. ad leg. Corn. de sicariis*; nella *l. 28, ff. ad leg. Corn. de falsis*; e nella *leg. 9, §. 1, ff. de poenis*; ed altrove) leggesi ora la parola *forca* ciò si debba ad una correzione di Triboniano che la sostituisse alla parola *croce*. Nel volgere dei tempi si adoperò il supplizio crudelissimo della ruota. Ma finalmente si comprese quanto fosse ingiusto ad nn tempo ed impolitico il punire di morte gl' infestatori delle pubbliche vie; i quali per quella stessa pena venivano spinti a massacrare i viaggiatori: e le conseguenze della violazione della pace pubblica nelle vie si limitarono alla galera ed alla casa di forza. Ma anche queste pene i buoni codici riserbarono a quei furti che oltre ad essere commessi sulle vie pubbliche si accompagnavano da violenza contro le persone. Cosicchè oggidì in faccia alle più sane dottrine la via pubblica anzichè essere nna qualifica che elevi ad alti gradi la quantità politica del furto, è nna circostanza di speciale aggravio nel furto violento. Come aggravante del furto semplice commesso con

frode o destrezza può ancora accettarsi cotesta località, ma purchè lo aggravio non si estenda che ai minimi gradi. La via pubblica è luogo dove i cittadini hanno necessità di convenire sempre minore che non è la necessità del colono di accedere al campo o alla selva; e la solitudine in questi luoghi è senza dubbio maggiore che in quella. Tutta la differenza sta in questo che l' agricoltore andando ai campi non reca seco grandi valori come spesso è necessario al viaggiatore: ma per questo lato il furto incontrerà lo aumento di quantità naturale che si desume dal valore del tolto, e poco di più basterà al riguardo che vuolsi avere alla pubblica via, se così si desidera. Era esorbitante l' art. 383 del codice Francese del 1810 che ai furti semplici commessi sulla via pubblica irrogava senza più la galera a vita. Quando questo codice reggeva la mia città natale, dove consumai il primo periodo dello esercizio di mia professione, dovetti difendere un giovine che vedendo passare un vettore il quale sonnecchiava sul suo birroccio carico di corbe di pesce aveva occultamente portato la mano in una di quelle corbe, e si era procurato un lauto pasto con una manciata di pesce involato di colà. Trattavasi nè più nè meno di condannare quel monello alla galera a vita, e mi occorse fatica per trarnelo fuori, e condurlo a soli cinque anni di carcere mercè la teorica delle *borgate*. Quando si rifletta alle mille contingenze nelle quali anche il furto sulle pubbliche strade non eccede i limiti di una semplice mariuoleria che niente offende il sentimento della personale sicurezza, si prova reluttanza ad accettare quella qualifica isolatamente guardata.

Articolo IV.

Tempo.

§. 2206.

Anche il *tempo* nel quale cadde la consumazione del furto può esercitare un influsso sulla quantità politica del medesimo, in quanto per tale ragione se ne aumenti il danno mediato attesa la speciale difficoltà in cui versa a certe occasioni il proprietario di mantenere la ordinaria custodia delle sue cose. Ma nel descrivere le specie che si raggruppano attorno a tale pensiero è quasi impossibile procedere con enumerazione completa e per via di materiali delimitazioni. Bisogna contemplare il concetto generale di questo fonte di aggravazione, ed esaminarlo nelle varie forme nelle quali può estrinsecarsi, senza pretendere di ricordare ed esporre tutti i singoli casi nei quali una od altra legislazione credette conveniente desumere dal tempo un aggravante del furto. Perciò noi dividiamo questa trattazione in tre titoli. La *notte*, la *calamità*, lo *abbandono*.

§. 2207.

Negò Filangieri (*scienza della legislazione lib. 3, parte 2, cap. 54*) che il tempo potesse giustamente guardarsi come un' aggravante dei malefizi, osservando che la lesione del diritto era identica sia che di notte sia che di giorno fosse violato. Ma è incontrastabile che la forza morale oggettiva

del reato di furto può accrescersi potentemente in ragione del tempo, e ciò per tre distinte ragioni. O perchè lo essere il furto avvenuto piuttosto in una che in un'altra ora, oltre a rendere più difficile la difesa della proprietà aggiunga ancora un maggior pericolo della sicurezza personale o del proprietario o di altri che casualmente sopravvengano al luogo del furto: di qui nasce la qualifica del *tempo notturno*. O perchè in certe occasioni sia renduto impossibile al proprietario la custodia della propria cosa, e lo impedimento agli estranei di avvicinarsi alle cose sue, in una parola la tutela privata; ciò si verifica nei momenti di gravi calamità, come la ruina per tremuoto, lo incendio, la inondazione, il naufragio: di qui nasce il titolo del *furto calamitoso*. O perchè finalmente in certe circostanze sia una necessità di abbandonare certi dati oggetti senza custodia nè vigilanza; dal che nasce la più facile previsione del rinnuovamento del malefizio senza che possa la solerzia privata trovar modo di antivenirlo. Di qui nasce l'aggravante del furto per *abbandono della cosa alla pubblica fede*.

Questi sono pertanto i tre titoli ai quali ci richiama la ispezione del *tempo* nel furto.

TITOLO I.

Notte.

§. 2208.

La *notte* (che il poeta latino disse l'amica degli amanti e dei ladri) è al tempo stesso la nemica dei

mariti e dei proprietarii. Il riposo a cui necessariamente si dà l' uomo in tale periodo, la maggiore solitudine delle vie, le tenebre che nascondono i movimenti e le sembianze della persona, offrono ai malandrini maggiore comodità d' invadere i dominii altrui e di asportare le cose, e maggiore probabilità di non essere interrotti, sorpresi, o riconosciuti. Di qui spontaneo il pensiero che il furto ecciti maggiore spavento quando è commesso di notte; e che da ciò si svolga il bisogno di più energica protezione. Ma tutte codeste idee (1) limitano i palpiti dell' onesto cittadino allo interesse della proprietà reale, e perciò lo effetto può esserne minimo e talora anche disprezzato. Evvi però un ulteriore punto di vista che più altamente reclama la protezione penale; ed è quello del pericolo della *persona*. Quando la forma del furto porta il ladro a contatto della persona del proprietario o del suo domicilio, allora il tempo notturno non solo agevola il reato e rende più difficile la difesa della proprietà, ma di più fa sorgere grave sospetto di pericolo anche per la vita e per la salute del proprietario.

(1) Vi sono altre idee tutte però speciali di certe particolari sottrazioni: così alcuni dottori considerarono come qualificata la pesca furtiva eseguita nella notte: dandosi come ragione di ciò dal Murero (*de aquario jure quest.* **10**, *n.* **7**) l' interesse della conservazione della specie, perchè la pesca notturna disturba gli amori dei pesci; e dal Ripa (*de tempore nocturno cap.* **13**) il pericolo dei naufragii per gl' inganni in cui possono esser tratti i naviganti dai lumi delle barche pescherecce.

§. 2209.

Da tale considerazione discende la conseguenza che il tempo di notte possa lievemente valutarsi, od anche lasciarsi inosservato dal legislatore penale, quando il suo influsso non esce dal cerchio dei riguardi alla proprietà: ma invece non possa preterirsi e debba prendersi in seria considerazione quando congiungesi ad altre circostanze per le quali si ponga a pericolo la sicurezza personale. Tutta la economia dello aggravamento indotto nel furto dal tempo notturno procede dalla contemplazione e distinzione di quelle due idee. Di qui nelle diverse legislazioni la varietà dei provvedimenti intorno al furto notturno; provvedimenti che risalgono fino ai tempi mosaici, e che si svolgono in duplice aspetto: ora accordando al proprietario aggredito di notte più estesi diritti, che giungono fino alla libertà della strage; ora rincarando la severità (1) contro gli autori del furto.

(1) Sostennero la giustizia dello aggravamento del furto in ragione del tempo notturno: Cujacio *observationes lib.* 6, *cap.* 8; *et lib.* 10, *cap.* 27 — Wissembach *exercitationes ad Pandectas lib.* 47, *diss.* 31, *n.* 24 — Pastoret *des lois pénales part.* 3, *cap.* 9, *sect.* 4 — Farinaccio *de furtis quaest.* 165, *n.* 15. — Crusio *de nocte et nocturnis cap.* 10; *in* Sallengre *novus thesaurus vol.* 2, *col.* 861 — Harpprecht *decis.* 1, *n.* 23 — Erhard *de notione furti pag.* 158 — Marco *decis. delphinales quaest.* 914, *n.* 5. I romani chiamavano i ladri notturni *dormitatores* per indicare che dormivano il giorno onde rubare la notte: Plauto *in Trinummo* 4, 2, 20.

§. 2210.

Quando il ladro s' introduca clandestinamente nel domicilio altrui in tempo di notte potrà ben dirsi che il delitto genera maggiore spavento: ma se invece il furto si commise da un conoscente che io aveva invitato a conversar meco, non potrà sostenersi che il furto era qualificato per la mera accidentalità che avvenne di notte. Laonde dalla maggior parte delle moderne legislazioni questa circostanza non si è valutata finchè rimanga isolata, ma le si è dato spesso grande efficacia se congiunta con altre. Il codice Toscano non tiene alcun conto di tale circostanza. Il codice Sardo (art. 368, n. 1) la valuta quando congiunta a quella della casa abitata; e definisce per notte (1) tutto quel tempo che corre da un' ora dopo il tramonto ad un' ora prima della levata del sole.

(1) La Corte di Cassazione di Napoli con decreto del 3 marzo 1865 stabilì che ai giurati non deve semplicemente domandarsi se il furto fu commesso in tempo di notte, ma la questione deve essere formulata con le parole della legge.

§. 2211.

Appo quelle legislazioni che considerarono il tempo notturno come aggravante o in modo assoluto o in modo relativo, divenne importante decidere cosa s' intendesse per *notte*. L' argomento della questione cadde circa quello intervallo di tempo che naturalmente intercede fra lo sparire del giorno e il comparire della notte e viceversa; e che si de-

nomina crepuscolo. Molti pensarono che il giorno dovesse dirsi ristretto nel periodo che corre dalla levata al tramonto del sole (1); e poichè Mosè *(Esodo 22, 8)* aveva appunto definito per giorno lo spazio che intercede fra il sorgere e il tramontare del sole, così i Capitolari di Francia e molti canonisti avevano seguitato codesta norma, e la medesima piacque alla Cassazione di Francia nei decreti del 12 febbraio, e 22 luglio 1813. Altri invece sostennero che per notte doveva intendersi solo quel tempo in cui regnano le tenebre, sicchè non possano le persone conoscersi in viso; al che fu risposto che secondo codesta regola non sarebbe stato mai notte quando regnava il lume di luna o nelle vie ricche di luce artificiale, e il criterio delle tenebre fu rigettato. La ragione di aggravio contro il furto notturno non sta soltanto nelle tenebre. Essa sta in questo, che nella notte i cittadini si danno al necessario riposo: dal che ne avviene che debbano dimettere la custodia delle cose loro; ne avviene che ad un grido di allarme siano meno pronti ad accorrere; ne avviene che sia più sicura la asportazione per la solitudine delle vie. Le quali ragioni tutte non ricorrono in grado eguale nel primo cader della notte, e nell' ultimo suo dileguarsi. Laonde Giovanni Voet si fece antesignano della così detta teorica del crepuscolo; la quale consiste nello applicare al crepuscolo così vespertino come matutino gli effetti giuridici del giorno anzichè della notte (2).

(1) Vedasi il trattato speciale del Ripa *de tempore nocturno cap. 24* — Vitteveen *dissertatio de furtis pag.* 125

— Muller *dissertatio de mitigatione poenarum pag.* 20, 25, *cap.* 2, *sect.* 1, *n.* 8 — Claro *practica* §. *fin. quaest.* 82, *n.* 4 — Catalano *tractat. crim. pag.* 286, *n.* 62; *et pag.* 283, *n.* 88 — De Wal *Oratio de historia juris criminalis errorum humani generis teste Prudentiae civilis Magistra pag.* 27 — Carmignani *Elementa* §. 1159.

(2) Arabia (*principii del diritto penale vol.* 3, *pag.* 315) esamina cosa debba dirsi di un furto cominciato di giorno e finito di notte, e viceversa; e decide che debba attendersi il tempo del compimento del furto, cosicchè nel primo caso sia qualificato e nel secondo no. Io penso che il mezzo termine del crepuscolo risparmierà spesso in pratica tale questione. Ma quando dovesse seriamente decidersi io sarei di opinione che il furto fosse qualificato e nell'una e nell'altra ipotesi. La ragione dell'aggravante è nel disturbo notturno del domicilio e nel pericolo e nello spavento che genera la invasione notturna. Questo effetto risponde alla invasione del ladro sia che abbia notturnamente incominciato o notturnamente finito l'opera sua. Sempre si ha in fatto che un ladro ha invaso di notte il mio domicilio per rubare. D'altronde come può dirsi in modo positivo che il furto abbia il suo compimento quando il ladro esce dalla casa del proprietario? Aggiungo che guardando come norma il così detto compimento si andrebbe nell'assurdo di punire più il furto *tentato* che il *consumato*. Il ladro entrò di notte e uscì di giorno: il furto secondo l'Arabia sarà semplice. Ma se io lo sorpresi prima del giorno egli sosterrà che non è reo di tentativo di furto notturno: dovevi aspettare (egli dirà) io sarei uscito di giorno e sarei stato responsabile di solo furto diurno: è iniquo che la vostra sorpresa intempestiva deteriori la mia condizione.

§. 2212.

Molte giurisprudenze (1) seguitarono questa dottrina, e a dispetto della contraria opinione francese

essa fu dominante tra noi anche là dove il codice penale del 1810 rimase trista reliquia della gallica signorìa; e molto più altrove. Parecchi dissero che quella dottrina doveva accettarsi per il favore dell' accusato e per la massima *benigniora sunt eligenda.* Ma tale argomento condurrebbe la teorica del crepuscolo a perdere ogni carattere assoluto, e a divenire empirica. Infatti se la legge ad una pagina dice al ladro, ti punirò meno se ruberai di giorno, e così rende favorevole all' accusato il prolungamento del giorno giuridico; ad un' altra pagina dice al proprietario, ti punirò meno o niente (2) se ucciderai il ladro di notte, e così rende favorevole all' accusato il prolungamento della notte giuridica. Pongasi che una mano di ladri in sull' aurora invadano una casa e rubino, ed il proprietario desto al romore corra sull' arme ed uccida uno di coloro. Ecco sorgere un giudizio nel quale sono tradotti per furto i ladri superstiti e per omicidio il proprietario: è naturale che quelli si difendano allegando che quella aurora era giorno, e questi si difenda allegando che quella aurora era notte. Nello sciogliere siffatto nodo il giudice che non comprenda il senso relativo e tutto applicativo del favore della difesa regolando su tale stregua la teorica del crepuscolo, troverà difficoltà a dire nella stessa sentenza che quello identico momento era giorno ed era notte. Oppure dovrà porre sulla bilancia la prevalenza di favore tra il ladro e l' omicida? No. Il giudice filosofo non s' impaccierà per tali apparenti ambagi, e si sbrigherà dalla lettera della legge per correr dietro al suo spirito. Egli dirà che nel crepuscolo non ricorrono le ragioni per aggravare la

mano sul ladro, e negherà la qualifica: indi guarderà le ragioni della apprensione di proprio pericolo che scusano l'omicida, e ammetterà la scusa. Ed a chi gli venga rinfacciando di essersi contradetto risponderà non esser chiamato a dare una definizione astronomica, ma a dare una definizione giuridica; dirà non essere una *materialità* ciò che scusa od aggrava, ma bensì una suprema ragione che ora può accompagnare, ed ora no la identica materialità (3).

(1) Pare che nel Belgio abbia prevalso la regola che i giurati s'interroghino sull'*ora* nella quale avvenne il furto; e spetti poi ai giudici decidere se quell'ora rappresenti o no il tempo notturno; ma pare altresì che anche nel Belgio come in Francia (Morin *Journal de droit criminel art.* 8303) il tempo di notte siasi convertito nello intervallo fra il tramonto del sole ed il suo risorgere. È notabile che in Francia si volle prendere come testo a tale opinione l'art. 1037 del codice di Procedura Civile, ed il Decreto Imperiale del 4 agosto 1806: considerossi come repugnante che quelle ore le quali erano guardate come notturne per gli esecutori e gendarmi non si avessero come notturne pei ladri; ma non si ricordò che l'argomento dalle leggi civili e di polizia alle leggi penali è spesse volte vizioso. Vedasi peraltro Carnot (*code pénal art.* 381, *vol.* 2, *pag.* 159) il quale sostiene che la questione si debba decidere secondo gli usi locali ed incominciare la notte a quel momento in cui nei diversi luoghi si suole andare a riposo; lo che renderebbe la quistione di fatto, e non di diritto: e ciò si sostenne ancora da Tittmann. Ma la Corte di Nancy avendo negato il tempo notturno in un furto commesso nella seconda ora della notte perchè avvenuto in una bottega aperta dove tutti accudivano al loro traffico come nel giorno, la Cassazione annullò quel giudicato; lo che significa che la questione fu ritenuta come di diritto. Certo è che dove prevale la opinione che la deter-

minazione della notte debba rilasciarsi all'arbitrio dei giudicanti si notano dagli scrittori decisioni singolarissime: ora si negò il tempo notturno alla mezzanotte perchè nella casa dove si era tentato il furto si teneva una festa di ballo: altra volta si negò in un lupanare per la speciosa ragione che in codesti luoghi della notte si fa giorno e del giorno notte. In tal guisa si confonde la contemplazione degli usi locali con la contemplazione degli usi individuali; si confonde il riguardo del tempo col riguardo del luogo; e si getta la regola in balìa di una funesta perplessità. Il codice del Perù (art. 625, n. 2) fece di ciò argomento di speciale dettato legislativo in tema di furto, disponendo che per notte intendevasi lo spazio fra la mezz'ora dopo il tramonto del sole fino alla mezz'ora prima della levata. Lo stesso fece il nuovo codice Belga del 1867 che all'art. 478 limitò la notte da un'ora dopo il tramonto ad un'ora prima della sua levata.

(2) Già sappiamo (§. 1520) che l'odio delle leggi romane contro il ladro notturno si esternò col permetterne la uccisione al proprietario: Strykio *dissert. de sal. publ. jur. omni derogante cap. 2, n. 16*; *in ejus dissert. tom. 3, pag.* 370 — Geibel *diss de furicidio*. La legge dei Borgognoni (*add. prim. tit. XVI, cap. II, IV, V*) provvedeva alla tutela delle vigne dando tale licenza al proprietario a danno di chi le avesse invase di notte per derubare le uve.

(3) Ciò non è sembrato possibile ad alcuni scrittori per quanto dottissimi. Così il Cannemann nella sua dissertazione *de furto nocturno* pone continuamente sullo stesso terreno le questioni della notte, così in faccia al ladro che ruba come al proprietario che uccide. Non sono le *materialità* quelle che dettano la legge; ma certi effetti morali delle materialità; laonde non vi è contradizione quando da una identica materialità si dica sorgere un effetto giuridico, e non sorgerne un altro. Così il giudice al fine delle indennità ammette un valore nella cosa superiore alle lire cento, o nella malattia una durata oltre i trenta giorni; ed al fine della

pena dichiara il valore sotto lire cento, e la malattia sotto i giorni trenta: e questa fu nei paesi nostri giurisprudenza costante. Identica osservazione ripetesi fra il determinare la notte a certi fini penali (per esempio per punire gli strepiti notturni) e il determinarla ad altri fini penali. Può egli dunque esservi in tutto il diritto una definizione assoluta del tempo di notte? Io ne dubito.

§. 2213.

Per coteste difficoltà parecchi scrittori (Bavo *de reatu pag. 411* — Strauchio *dissertatio de jure tenebrarum; in ejus opuscula Opus. 10, pag. 605*) pensarono che la questione non dovesse dirimersi nè con l' orologio nè con l' astronomia, ma subordinatamente alle diverse consuetudini dei luoghi. E alcuni dissero che notte doveva intendersi quel periodo nel quale secondo gli usi di una contrada le genti sogliono darsi al sonno, altri quel periodo in cui sogliono chiudere gli usci alle case; altri immaginarono di desumerlo dal cominciamento delle fazioni militari di guardia; altri dal suono di quella campana (1) che con formula derivata dall' inglese chiamasi in molti luoghi fra noi il *cuopri fuoco*. Idee tutte che hanno un nesso con la ragione cardinale della legge, ma che male si adattano a quella esattezza che sempre è desiderabile nelle sanzioni penali; e continuano a dare in fin dei conti al prudente arbitrio del giudice la signoria di questo argomento.

(1) Si attennero al criterio della campana per riconoscere se il delitto avvenne nella notte: Ripa *de tempore nocturno cap. 5 de campana, n. 3*: e i citati dal Bursatto *lib. 3*,

cons. 319, *n.* 8. E accettato questo criterio nacque il bisogno di seriamente occuparsi a decidere *quid juris* in quei giorni nei quali per consuetudine non si suonano le campane: Angelo *cons.* 196 — Christineo *in Statutum Mechlin. tit.* 2, *art.* 10, *n.* 8. Sulla origine della costumanza di suonare una campana al principio ed al termine del giorno, vedasi Rocca *de campanis cap.* 18; *in* Sallengre *thesaur. antiquit. vol.* 2, *col.* 1281.

§. 2214.

Dracone puniva qualunque furto di morte adducendone a ragione che a lui parevano degni di morte anche i più piccoli reati e per i più gravi non aveva pena maggiore da infliggere. Solone moderò questo rigore, ma pure mantenne la pena di morte contro il furto notturno. I decemviri mantennero la pena di morte contro il furto notturno soltanto quando fosse caduto sopra aratri o raccolte, onde ordinavano che il ladro fosse immolato a Cerere (Ottone *praefatio ad tom. 3, thes. jur. rom. pag. 3* — Trotz *de jure romano agrario pag. 211*) ma questo rigore superstizioso andò in dissuetudine. Prima dei tempi di Ulpiano invalse la pena *dei pubblici lavori* contro i ladri notturni come si ha dalla *l. 1. ff. de furibus balneariis* (la quale si estendeva alla pena in *metallum* se vi era congiunta la effrazione) e dalla *l. 2, ff. de effractoribus.* La Carolina non fece parola del tempo di notte tranne che all' art. 167 in proposito dei danni campestri, contro i quali minacciò la pena del furto quando fossero commessi di notte: Boehmero *medit. ad art. 167, §. 3, pag. 806.* Fra i codici moderni il Bavarese del 1813 costituì all' art. 218 un' aggravante

del solo tempo notturno per i furti campestri. Il codice Francese del 1810 non considerò, come qualifica il tempo notturno isolatamente preso, ma gli diede una importanza gravissima quando era congiunto a certe altre circostanze, fino al punto che combinato con altre aggravanti poteva portare alla pena capitale.

(1) Alcuni statuti spinsero il rigore fino a punire il ladro di morte per la unica circostanza del tempo notturno: Puffendorf *observat. vol. 3, in append. pag.* 57 — Emmingaus *jus susatense art.* 24, *pag.* 90.

Titolo II.

Calamità.

§. 2215.

Quando grande ed insolita sventura colpisce un individuo, od una famiglia od una contrada, come lo incendio, il terremoto, la inondazione, è dovere di umanità stendere una mano soccorrevole ai miseri che ne sono percossi. Mostra dunque animo barbaro e rotto ad ogni malvagità colui che profitta di così miserande occasioni per derubare le vittime del flagello. Ciò è verissimo: ma ciò non eccede i limiti di una pura considerazione morale che non è sufficiente a dare ragione di un incremento di quantità politica nel malefizio. A tal fine occorre rintracciare nella calamità che ha dato occasione al furto un incremento di danno mediato; e non è difficile trovarlo quando si torni al principio della

minorata potenza della difesa privata. In siffatte emergenze gli abitatori fuggono esterrefatti dalle case minacciate dal fuoco o dalle onde o dalla ruina, non pensano a chiuderle, non pensano alla custodia della roba tutti assorbiti dallo spavento: o sono costretti ad accogliere in casa anco gli sconosciuti che si presentano sotto pretesto di soccorso. Annientata in simili frangenti la potenza della difesa privata deve l' autorità sociale aumentare di protezione spiegando una repressione più energica. Questo concetto puramente politico viene a trovarsi con tutta esattezza nell' aggravante della *calamità* riferita ai furti commessi in tempo d' incendio, di ruina, d'inondazione e naufragio, ai quali veramente gli antichi (1) restrinsero la relativa applicazione.

(1) Il furto commesso in tempo d' incendio e d' inondazione si trova previsto come più grave anche dalla legge dei Visigoti *lib.* 7, *tit.* 2, §. 18, e dalla legge Bavara *tit.* 14, *cap.* 3.

§. 2216.

Modernamente però nell' animo di alcuno si è data soverchia efficacia al principio morale da chi volle estendere la presente qualifica anche ai furti commessi in tempo di *contagio* (1). Forse sbaglierò; ma a me non persuade tale estensione. In tempo di contagio non si aprono gli usci a tutti: si sta anzi più chiusi che mai per evitare i contatti pericolosi. Non vi è dunque ragione che necessiti a non tenere in guardia le proprietà nostre. Si è detto che in occasione di contagio chi n' è colpito è nella necessità di accogliere in casa i monatti, o altre per-

sone sconosciute che si prestano ad assistere gli appestati. Rispondo che se un furto si commetterà da costoro troverà spontanea rispetto ai medesimi la sua qualifica nel famulato, e sotto questo punto di vista lo aggravamento potrà essere altrettanto sufficiente quanto ragionevole. Ma quando si vuole costituire una qualifica in ragione del *tempo* essa è per questa sua stessa indole necessariamente indeterminata; e colpisce il furto da *chiunque* commettasi nel tempo previsto. È perciò che io non veggo ragione alcuna per desumere dal tempo di contagio una qualifica che aggravi tutti i furti in qualsivoglia modo commessi in una contrada dove il morbo infierisce.

(1) Le disposizioni speciali della Costituzione Elettorale Sassonica (*pars* 4, *constitutio* 5) sulla quale possono vedersi Felde *Elementa juris universi pag.* 239, *pars* 2, *membr.* 11 e Carpzovio *Jurisprudentia pag.* 1307, non sono propriamente dirette ad esacerbare la pena del furto in ragione del contagio. Là si presero di mira certe particolari persone, cioè becchini e monatti, detti *vespillones*. La etimologia di questa parola è chiarita da Pitisco *lexicon antiquitatum*, e da Fabro *Thesaurus eruditionis;* dividendosi i dotti nell' attribuirla ad un derivato di *vesper* esprimente il lavoro notturno, o nell' attribuirla al nome proprio di un Vespillo che gettò nel Tevere il cadavere di Tiberio Gracco. Sia che vuolsi di ciò, sembra che questi *vespillones* ammazzassero gli ammorbati per dispogliarli più presto, ed a ciò provvide la Costituzione dello Elettore. Ciò basta a mostrare che se il contagio era la occasione di certi fatti delittuosi, la forma criminosa peraltro non desumeva dal contagio il suo criterio qualificante.

§. 2217.

Più ragionevole è la estensione data alla qualifica della calamità da alcuni codici anche modernissimi (1) che l' applicarono alla ipotesi del furto commesso sopra un infelice mentre sia colpito in mezzo ad una strada da una apoplessia od altro malore che lo privi dei sensi. Qui certamente ricorre la considerazione della impossibilità della difesa privata per causa dello infortunio, ed alla più odiosa bruttura morale risponde un più intenso effetto politico ed un bisogno di più energica repressione. Siffatti riguardi occorrono ancora nel furto commesso a danno dell' ubriaco; perchè lo ossere stati o no rimproverevole causa della propria impotenza non muta la questione: concorrerebbero ancora nella ipotesi del furto commesso sopra a chi siasi gettato in luogo aperto a dormire; ma a questa ipotesi non potrebbe davvero adattarsi la formula della calamità. Stringiamo dunque le nostre osservazioni al caso più frequente che è quello dello incendio: sarà facile applicare le regole agli altri casi consimili.

(1) Il codice di Svezia ha riunito nel n. 2 del §. 5 del cap. 20 sotto una stessa qualifica e punito con la stessa pena di un anno di lavori forzati il furto commesso a danto — ivi — *de celui qui se baigne, qui nage, qui dort sur la terre, qui est au lit gravement malade, ou une personne morte:* in ciò il codice Svedese si è peraltro guardato dallo errore di adequare al furto violento il commesso sopra persona incapace a resistere. Lo stesso codice prevede però separatamente il caso del furto in tempo di incen-

dio, e lo punisce (§. 6) con i lavori forzati da sei mesi a quattro anni. Così il codice delle Isole Jonie (art. 780) ha esteso la qualifica della calamità al furto commesso — ivi — *sugli effetti esistenti sopra una persona che a causa di apoplessia, di caduta, di un atto di violenza ricevuto, o di altra disgrazia, si trovi in urgente bisogno dell' altrui soccorso.*

§. 2218.

E qui deve innanzi tutto notarsi che il criterio di questa qualifica essendo il *tempo* più che il luogo non si aggrava soltanto il furto che si commetta nella casa che arde, ma quello ancora eseguito nelle case adiacenti (1), e dovunque i vicini per lo spavento delle fiamme hanno dovuto dimettere la usata custodia delle cose loro per condurre in salvo sè stessi, ovvero per sottrarre al pericolo le cose più care fidarsi del primo venuto.

(1) *L.* 1, §. 2, *ff. de incendio, ruina, naufragio* — Oldendorpio *de actionibus class.* 7, *act.* 8 — Farinaccio *de furtis, quaest.* 168, *n.* 187.

§. 2219.

Deve però avvertirsi che in questa ipotesi il semplice fatto della *contrettazione* non basta a poter dire consumato il furto, se non è chiarito altresi l' animo di *appropriarsi.* Ciò nasce appunto dalle condizioni eccezionali di pericolo in cui trovasi la proprietà in codesti momenti. Non è più tempo di rispettare il possesso altrui. Il popolo accorre e porta via dalla casa gli oggetti per togliere esca all' in-

cendio o per recarli in salvo; nè l'opera pietosa può convertirsi in delitto. A costituire la prova generica del furto richiedesi dunque in codesti casi che oltre l'apprensione ed il trasporto da luogo a luogo della cosa altrui, si porga la dimostrazione del pravo disegno; quello cioè di spogliarne il proprietario. È questa la stretta nella quale io vidi agitarsi l'accusa quando nelle mie pratiche incontrai fatti di simile natura: avvegnachè i mariuoli imputati di furto in tali occasioni sogliono abbigliarsi da martiri, e dedurre di essere accorsi per obbedienza ad un dovere cittadino ed avere agito soltanto per officio pietoso onde salvare la roba pericolante. Allora nasce un problema tutto di fatto ed intenzionale, alla soluzione del quale non possono prestabilirsi regole generali, dipendendo il giudizio nei casi concreti dalle qualità personali, dal modo di agire, e da altre circostanze tutte contingenti.

§. 2220.

Anche qui la benignità dei pratici volle introdurre una epicheia per eliminare la pena ordinaria. Si distinse tra furto di cose *periture* e furto di cose non *periture* tra le flamme (1). Quando il ladro si era appropriato una cosa da lui ritolta al fuoco che stava per divorarla, e che l'avrebbe senza l'opera di lui ridotta in cenere, si considerò da un lato che l'opera di costui non aveva recato danno al proprietario, e che esso poteva avere nella sua erronea coscienza la opinione di un diritto su quella cosa che aveva con proprio pericolo sottratto al fuoco e non al padrone. Così (quasi per una sin-

golare applicazione della legge *interdum)* s' introdusse in molte pratiche questa limitazione per il fine di minorare la imputazione e la pena.

(1) Sembra che tale distinzione rimonti al testo Romano. Infatti Paolo alla *leg. 4, §. 1, ff. de incendio, ruina, naufragio etc.* riporta un rescritto di Antonino che allo scopo di misurare la pena dice *plurimum interest peritura collegerint an quae servari possint flagitiose invaserint.* Questo rescritto però e questo frammento non parlavano che delle cose dei naufraghi. Onde la sua applicazione al furto in occasione d' incendio fu una illazione degl' interpetri. Inoltre resta dubbio in faccia al rescritto di Antonino se il furto delle cose periture debba andare *esente da pena*, o se debba punirsi *meno:* e qui pure si scissero gl' interpetri. I più severi sostennero che anche il furto delle cose periture dovesse punirsi, e soltanto mitigarne il castigo; e questa opinione insegnata dalla Glossa piacque ad Alberico de Rosate *(Commentaria in secundam ff. novi partem, ad dictam legem)* il quale argomentò dalla parola — *gravior* — e dalla *l. si vulnerato 47, ff. ad leg. Aquiliam.* Altri invece spinsero la cosa fino agli estremi, sostenendo che il furto delle cose periture non dovesse niente punirsi; e questa opinione piacque a Puccioni *Commento vol. 5, pag.* 106 — Giuliani *istituzioni vol. 2, pag.* 516: e si appoggiò sulla clausula *praeter materiam* della *leg. 3, §. 3, ff. ad leg. Jul. de vi publ.* Questo frammento però sembrami che soltanto designi gli oggetti *(materiam ignis)* ai quali *si è già appreso* il fuoco: esso ad ogni modo si è renduto assai infelicemente in italiano nella traduzione degli *clementi* del Carmignani al §. 1076, dove la frase *materiam ignis* si è voltata nella parola *combustibile*, la quale è ben diversa ed esprime una idea inaccettabile, perchè porta a ritenere la non punibilità del furto caduto su tutte le cose *combustibili*. Or siccome il fuoco ha la potenza di consumar tutto, così questa intelligenza

condurrebbe allo assurdo. Nel silenzio dei codici contempo ranei su questa specialità potrebbe forse utilmente riproporsi nel fòro tale distinzione, ma dubiterei che potesse spingersi fino al punto della completa scriminazione; perchè il diritto leso vuol essere contemplato quale esiste nel momento della sua lesione senza curare dello avvenire, e perchè d'altronde sarebbe troppo facile a chi ruba in occasione d'incendio lo allegare che le cose da lui rubate sarebbero perite nelle fiamme.

§. 2221.

La *inondazione* presenta termini così identici agli altri da meritare veramente che anche a questo caso si estenda la qualifica del tempo di pericolo. Deve però limitarsi ai furti che si commettono nelle case minacciate dal torrente finchè questo infierisce. Non potrebbe invocarsi contro colui che cessata la irruzione delle acque rubasse dopo uno intervallo di tempo oggetti nelle case abbandonate dai proprietari. Come non potrebbe invocarsi contro colui che dopo un intervallo andasse fiutando fra i ruderi di una casa già arsa, e vi trovasse qualche cosa di valore (1). È il tempo e non il luogo che dà il criterio della qualifica. Parimente non crederei che quando la inondazione fosse dalla legge noverata fra le calamità che qualificano il furto, potesse applicarsi al proprietario sul cui terreno l'acqua ruente avesse trasportato ed abbandonato oggetti altrui. Questi ove se li appropriasse non sarebbe responsabile di furto qualificato, ma tutto al più di furto semplice. Dico tutto al più, perchè ad avere in siffatta ipotesi gli estremi del furto stimo necessario che si tratti di oggetti i quali portino traccie della mano dell'uomo, e segni riconoscibili di proprietà.

In tema di alberi divelti con le radici nella montagna dalla furia delle acque, e trascinati poi e lasciati nella pianura, io sostenni con plauso in faccia ai tribunali che per la impossibilità del riconoscimento la *vis divina* li aveva renduti cose *nullius*, e che il proprietario non era di niente colpevole se trovatili nel suo campo se li era appropriati. È frequente pur troppo il danno che i torrenti recano alla montagna asportando castagne, canape, ed altre simili cose; e gli abitanti della pianura che le ripescano lo fanno senza delitto.

(1) In termini che la qualifica non cadesse sul furto commesso dopo la cessazione del pericolo fu deciso dai nostri tribunali: *Annali Toscani XVII*, 1, 553, 554.

§. 2222.

La penalità per la qualifica del tempo di pericolo si elevò ad alto grado anche dagli antichi statuti (1) e si mostrarono giustamente severi anche i codici contemporanei. Il codice Sardo art. 608 minaccia la reclusione; il codice Toscano art. 386 commina la casa di forza fino a dodici anni se il valore delle cose rubate supera lire cento.

(1) Le leggi Romane contemplarono il furto a danno dei naufraghi, e la *l.* 1, §. 1, *ff. ad leg. Jul. de vi privata* non vi ravvisò che una *violenza privata*: al contrario contemplando il furto in tempo d' incendio alla *l.* 3, §. 3, *ff. ad leg. Jul. de vi pubblica* vi ravvisarono una violenza pubblica. Ma più specialmente del furto o danno dei naufraghi si occupò l' editto del pretore riferito da Ulpiano alla *l.* 1, *de incendio, ruin. naufragio*; ove al §. 5 il giure-

consulto decide che l' editto pretorio contempla le cose sottratte *tempore naufragii*, non quelle che posteriormente fossero gettate dai flutti alla riva, sulle quali quantunque cada furto non è che furto semplice: vedasi anche la *l. 5, ff. eod. tit.* Nè mi sembra che a ciò derogasse la *Auth. navigio C. de furtis* che dichiarando derogata la consuetudine di libera preda sulle cose gettate dal mare, niente contempla la subalterna questione se il furto di tali cose sia semplice o qualificato. Damhouder (*praxis criminalis cap.* 116) propone contro il furto calamitoso la pena di morte; e la stessa pena narra Jousse (*justice criminelle vol.* 4, *pag.* 211) essere invalsa nell'antica pratica francese. Il codice Leopoldino del 1786 all' art. 75 vi applicò la galera a tempo. Narra il Mellio (*institutiones juris criminalis Lusitani tit.* 6, §. 21) che alla occasione del troppo celebre terremoto di Lisbona tanto fu il numero di coloro che di quel disastro si approfittarono per rubare, da esigere una legge speciale ordinatrice di più sollecite procedure e di più rigide penalità contro quei malfattori.

TITOLO III.

Abbandono.

§. 2223.

La qualifica che il *tempo di abbandono* imprime al furto procede da un concetto giuridico semplicissimo, che però si svolge per la diversità delle costumanze in tanta varietà di casi da renderne impossibile una completa enumerazione. Vi sono nelle industrie umane dei momenti nei quali è necessità (1) lasciare allo aperto ed incustodite le cose sulle quali si esercitano le diverse speculazioni. In tali momenti la vigilanza del proprietario non gli è di

presidio alcuno: la speranza della incolumità delle cose sue tutta riposa sulla fiducia dell' altrui rispetto verso il diritto di proprietà. Laonde quelle cose si dicono con una figura poetica consegnate alla fede pubblica. Ma da ciò si svolge il concetto giuridico che quando il cittadino è costretto a non più fidare sulla propria vigilanza abbia diritto di attendere dalla difesa pubblica una più energica protezione: e di qui emana come figlia legittima la qualifica dell' *abbandono* per il principio radicale ormai conosciuto della minorata potenza della difesa privata. Quando ad altre ragioni s' inspiri lo aggravamento esso apparterrà al *luogo* o alla indole della *cosa*, ma non al *tempo*.

(1) Per regola si richiede una necessità nascente da consuetudini. Trovo peraltro che la Corte di Cassazione di Firenze (*Annali Toscani XIX*, 1, 897) dichiarò che a costituire l' aggravante dello abbandono non era sempre necessario che lo si facesse per *consuetudine* quando era stato richiesto da un caso accidentale, e non era attribuibile a colpa o negligenza del proprietario. La Corte Suprema potè nella sua prudenza ravvisare giusta ed esatta l' applicazione che i tribunali ordinari avevano fatto del titolo di abbandono a quel caso speciale: ma non crederei se ne potesse trarre una regola generale. Si vedano anche gli *Annali Toscani XVI*, 1, 718-719.

§. 2224.

Gli estremi di questo aggravamento sono due: — 1.° Che la cosa siasi lasciata allo aperto per una *necessità* — 2.° Che essa siasi involata *durante il tempo* di quello abbandono. Svolti questi due estremi

con qualche esemplificazione sarà facile comprendere l'applicazione di questa dottrina a tutti i molteplici casi che s' incontrano qua e là contemplati secondo i bisogni locali (1) dai vari diritti costituiti.

(1) Chi si attenti a descrivere per minuto nel suo codice i casi dello *abbandono*, corre risico di provvedere ai meno importanti e lasciare scoperti i più interessanti. Meglio vale attenersi al concetto, e indicare l' aggravante secondo lo spirito della protezione e non secondo la gretta designazione della cosa o delle materialità. Così fece la giurisprudenza toscana interpetrando il codice del 1853. Quindi mentre erasi rettamente deciso che il furto dei pollami non costituiva abigeato (Cassazione 22 novembre 1854; *Annali Toscani XVI*, 1, 101) si giudicò con uguale esattezza (*Annali Toscani XVII*, 1, 852 *e* 1093; *e XVI*, 1, 1015, 1016) che cadeva sotto la qualifica dello abbandono il furto di oche e tacchini nelle congrue condizioni; che vi cadeva il furto di pesci (*Annali Toscani XVI*, 1, 487) tenuto vivo entro nasse anche in un pubblico fosso: non però la sottrazione di pesci lasciati liberi (Cassazione 28 gennaio 1857) in un lago privato: che vi cadevano le calocchie ed i pali (*Annali Toscani XVII*, 1, 544) preparati nella vigna per aggiustarla: che vi cadevano i barchetti da pesca o da caccia (*Annali Toscani XVIII*, 1, 642) lasciati nei fossi in tempo di riposo: che vi cadevano i legnami, senza distinguere (*Annali Toscani XXI*, 1, 78) se erano greggi oppure lavorati: che vi cadevano gli arnesi rusticali, senza distinguere (*Annali Toscani XVII*, 1, 629, 630) se fossero lasciati scoperti nel campo ovvero con qualche cautela nascosti: la qual massima è da seguirsi dovunque non esistano speciali leggi che i furti degli arnesi rusticali qualifichino per riguardo alla cosa, come era il furto di aratri per la costituzione sassonica *pars* 4, *constit.* 35: Crusio *de indiciis pars* 3, *cap.* 19, *n.* 14, — Heigius *quaest.* 30, *n.* 3. La nostra giurisprudenza non s'impacciò mai fra certe gret-

tezze di parola, seguendo sempre diritto come sua stella polare lo spirito della disposizione.

§. 2225.

1.° Bisogna che la cosa siasi lasciata allo aperto per una *necessità*. Ma qui la parola necessità non si adopera in senso rigoroso ed assoluto. Si allude a quella necessità che è tutta relativa a certe limitate potenze e condizioni delle famiglie, e ad una grande difficoltà di provvedere altrimenti. Così per la regola dello abbandono si aggrava il furto dei *prodotti campestri* (1), del *legname* in guazzo, o abbarcato, o posto a seccare (2); delle *tele* poste ad asciugare (3). Di vero sarebbe materialmente possibile cingere di alto muro i campi dove pendono i raccolti, o porre le tele in elevati veroni, o in chiusi recinti i legnami: ma poichè tutti non hanno mezzi pecuniarii di procacciarsi quei recinti, quei veroni, e quei luoghi di sicuro deposito, così l' uso generale è quello di lasciare tali cose allo aperto, e dicesi che questa è una *necessità*, e i legislatori la considerano come tale; e perciò con un rincaro di pena provveggono al bisogno maggiore della tutela giuridica. Laonde se nel fatto speciale lo abbandono non ricorresse potrebbe sorgere secondo i casi una qualifica differente, e forse anche più grave, ma non si avrebbe quella di cui adesso teniamo discorso.

(1) In molte antiche legislazioni il furto dei prodotti campestri tuttora pendenti si ebbe come qualificato in ragione della *cosa sottratta*, per una particolare protezione dell' agricoltura, o di alcuni speciali raccolti: Metman *de delictis agrariis pag.* 39 — Trotz *jus agrarium tom.* 3, *pag.* 226.

Ma prescindendo da qualche specialità di frutti prediletti può dirsi che una regola generale qualificante la sottrazione dei prodotti del suolo non esistesse: Carpzovio *quaest.* 83, *n.* 32 — Kress *ad costitutionem Carolinam art.* 167 — Clasen *Comment. in C. C. C. art.* 167 — Cramer *observationes tom.* 4, *observ.* 1024 — Crusio *de indiciis pars* 3, *cap.* 7, *pag.* 71. Ed anzi si dubitò perfino se il titolo di furto potesse applicarsi a chi entrato nei campi avesse colto dei frutti per mangiarli sul luogo; e il concetto che ciò non fosse furto imprestossi anche alla Carolina: Wheiss *de vi consuetudin. in caus. crimin. pag.* 116. Così trovasi ordinato non potersi accusare di furto il viandante che fermi il suo cavallo a pascolare l'erba sui cigli dei poderi adiacenti alla strada: *constitutio Fredericiana feudorum lib.* 2, *tit.* 27, §. 8 *in fin.* e la opinione di coloro che negavano ricorrere in questo caso il titolo di vero furto prevalse nell'antica pratica toscana, come altrove notammo. La differenza fra quei due diversi modi di considerare questa aggravante può essere feconda di conseguenze pratiche. Se i furti campestri si qualificano per la tutela della *cosa*, il furto se ne aggrava indipendentemente da qualunque condizione di località. Se invece si qualificano a riguardo dello abbandono, potrà sostenersi che la qualifica cessa quando si sieno rubati i frutti in un recinto chiuso del quale il proprietario abbia per propria incuria lasciato aperto l'uscio, e profittando di tale incuria: *Annali Toscani XVIII*, 1, 505. Oltre a ciò la considerazione della *cosa* anzichè dello abbandono porterebbe a distinguere fra gli stessi prodotti campestri secondo le diverse ragioni di favore che si prendessero a guida. Eccone un esempio: il tribunale di appello Veneto con giudicato del 5 gennaio 1866 decretò che l'aver falciato una quantità d'erba in un padule non costituisce il furto di frutti previsto come crimine dal §. 175, let. a del codice Austriaco, ma bensì una semplice contravvenzione. Questa decisione è ragionata sulla lettera di quel paragrafo, e su quanto il medesimo dispone in proposito delle legna, e della foglia di gelso; ma prende

come base giuridica della distinzione la diversità d' interesse fra la protezione di prodotti che nascono naturalmente, e prodotti ai quali occorre la mano coltivatrice dell' uomo. Questa considerazione porterebbe ad accettare come principio scientifico una differenziale nella quantità politica dei furti campestri fra la sottrazione di prodotti *spontanei* e la sottrazione di prodotti ajutati in qualsisia modo da una *cultura* del proprietario: vedasi l'*Eco dei Tribunali n.* **1618**. Il codice rurale francese procedeva con diverso criterio: mitissimo verso i furti campestri, non aggravava la mano tranne quando erano commessi al mezzo di canestri, sacchi od altri recipienti. Altrove si muove da altri riguardi verso certi speciali prodotti o certi usi locali: così il codice di Svezia (cap. **20**, §. **5**) protegge anche le legna *da ardere*, e per una certa analogia i *crini* dei cavalli al pascolo; e il *latte* delle vacche al pascolo. In proposito dei furti campestri non è senza interesse la questione se sia lecito al proprietario di disporre nei suoi campi degli ordigni (*offendicula*) mediante i quali chi entri là per coglier frutti rimanga ferito; e se quando il ladro sia stato realmente leso nella persona da tali apparecchi il proprietario sia criminalmente perseguitabile: tale questione si trattò dal Crusio *de indiciis pars* **5**, *cap.* **8**, *n.* **7**: vedasi però la nota a §. **2452**. In tema di furti campestri vidi frequente nelle mie pratiche opporsi la consuetudine vigente in alcune località di legneggiare ed erbeggiare in certi tenimenti. Su questi diritti consuetudinarii e sui loro effetti in ordine alla penalità non può dettarsi in criminale una regola costante, dipendendo dai magistrati civili il dar loro sanzione. Il criminalista può dire soltanto che quando si dimostri radicata nella popolazione di un contado la opinione non irragionevole di esercitare un diritto, difficilmente si sosterrà il titolo di furto.

(**2**) Alcuni antichi Statuti ed alcune consuetudini di Francia (come quella di Brettagna art. **621**) non qualificavano il furto dei legnami tranne quando fosse commesso di *notte*. Altre leggi e codici distinsero fra legname da ardere e legname da costruzione. Ma quando la qualifica si desume dal

criterio della necessità nell' abbandono, essa è indipendente da tali distinzioni. La formula *legname abbarcato* usata dai nostri codici designa il legname posto a mucchia. Ciò vuolsi notare perchè se ne esclude il legname lasciato sparso qua e là, e perchè non s' intenda per equivoco legname posto a *barca*. Il legname consegnato alla corrente delle acque onde lo trasportino ad un luogo destinato può dirsi *galleggiante, flottant* dei francesi; onde le *rivières flottables* del codice Francese non può tradursi nello idioma nostro che con *fiumi galleggiabili*. Anche questo legname quando è così abbandonato senza guardia alla corrente merita speciale protezione, e la ottenne per alcuni Statuti. È notevole che la scoperta del *flottage* avvenuta nel 1549 segnò un' epoca nella storia di Francia per il benefizio che recò tale invenzione onde condurre alle grandi città i legnami da lavoro dalle remote montagne nelle quali mancavano vie e mezzi di trasporto. Fu la immensa utilità di tale invenzione che spinse il Re Filippo a demolire con pericolo di una guerra civile tutte le serre o pescaje con le quali i Baroni guidavano le acque di certi fiumi ai loro mulini. E tanto si apprezzò la utilità di tale scoperta che il nome di Rouvet suo inventore fu consegnato alla storia ed a lui fu decretato nel 1828 un busto in bronzo nella sua città nativa di Clamecy, dove tuttora esiste. Da ciò nacquero le speciali protezioni che si leggono nel Codice Napoleone per le *rivières flottables* equiparate alle *navigabili:* e che durano tuttavia, quantunque i pubblicisti di Francia osservando non esser più oggi di tanto interesse il galleggiamento atteso i nuovi e più solleciti mezzi di trasporto introdotti dalla industria umana, vorrebbero si abolissero per restituire quelle acque alla naturale libertà e specialmente ai bisogni della irrigazione.

(3) La qualifica del furto caduto sopra tele poste ad imbianchire o a rasciugare sulle corde *(étendoirs)* trovasi contemplata dalle antiche ordinanze di Francia: Vouglans *lois criminelles livre* 3, *tit.* 6, *art.* 4. Singolare nelle costumanze francesi era questo; che si qualificava e si puniva

con la galera il furto caduto sovra telerie esposte dalle lavandaje alle quali erano state affidate dai proprietari: ma si riguardava come *furto semplice* se era il proprietario stesso della tela quello che l'aveva posta ad asciugare; quasichè il proprietario non subisse identica necessità, o gli corresse l'obbligo di farvi guardia. Non trovando ragione sufficiente di tale distinzione (che in faccia alla scienza non mi parrebbe accettabile) io suppongo che nella pratica francese s'introducesse per la solita aderenza alla interpetrazione letterale. Jousse commentando il cap. 39, art. 14 della consuetudine di Laudun, ove si contempla letteralmente e *senza distinzione* il caso delle tele e lingi (*justice criminelle vol. 4, pag.* 228) presenta una distinzione assai differente, dichiarando furto semplice quello delle *lingi*, e qualificato quello delle *tele*, senza addurne la ragione.

§. 2226.

Ma lo abbandono deve nascere da una di queste tali necessità non dal capriccio, o dalla incuria del proprietario. Così la circostanza dello abbandono protegge i pesci nelle peschiere, e gli alveari (1). Ma se taluno dopo avere estratto il pesce dal suo vivajo, o il miele dallo alveare, lasci o l'uno o l'altro allo aperto, inutilmente invocherà l'aggravante contro chi glielo rubi.

(1) La cultura delle api risale ad antichissimi tempi, trovandosene cenno anche nelle sacre pagine. Appo molti popoli se ne trasse grande elemento di ricchezza e d'industria. Ed in tali luoghi si provvide alla difesa di questo ramo di proprietà con leggi di speciale rigore, le quali per conseguenza conducevano il furto sotto la qualifica desunta dalla *natura della cosa* e non dal *tempo*: anzi nell'antica Germania si dichiarava furto anche la sottrazione delle api

selvaggie fatta nelle boscaglie altrui, e solo modernamente ciò cadde in dissuetudine, e le api selvaggie si tornarono a guardare come *fiere* e *nullius* giusta il diritto romano: Leyser *meditationes in pandectas spec.* 537, *medit.* 15. Vedasi Kaestner *program. de apibus eorumque furibus capitaliter puniendis* — Muller *de jure apium*. Oggidì generalmente la qualifica del furto di api e di favi non si desume che dall' *abbandono*, o esposizione dello alveare alla pubblica fede.

§. 2227.

2.° Deve inoltre il furto essere avvenuto *durante il tempo* dello abbandono necessario. Così aggravasi il furto *in tempo di fiera* (1) quando cade sovra le cose esposte in vendita per occasione di quella: ma se cessato il periodo della fiera un mercante infingardo lasci per tempo ulteriore le sue merci nella piazza del mercato, dovrà dolersi di sè medesimo se gli sono involate (2). Così per la necessità dello abbandono si proteggono la *calce ed i materiali* (3) preparati per fabbricare una casa. Ma se dopo compiuto l'edifizio avanzino calce e mattoni, e si lascino allo aperto per rivenderli a comodo, o per una indefinita previsione di lontani bisogni, non ricorre la qualifica. È con questi criterii che vuole essere applicata la dottrina dello abbandono ai vari casi pratici che sotto cento forme si possono presentare. Il principio regolatore è quello che debbasi accordare maggior protezione ai bisogni delle industrie umane; non alle accidentalità od ai capricci.

(1) La costumanza delle fiere destinate a facilitare i commerci fra le diverse genti risale alla più remota antichità, trovandosene traccia nelle sacre pagine, ed essendo celebri

i mercati Olimpici e Tirii: Fritschio *de regali nundinarum jure cap.* 3, *per tot.* — Rosino *antiquitat. roman. lib.* 6, *cap.* 15, *lit. f;* che desume la origine della parola *nundina* da *nona die* applicandola così nella sua genesi ai piccoli mercati che si tenevano *nono quoque die* nelle città, al fine (dice egli *lib.* 4, *cap.* 17, *lit. f)* di attirarvi i villici onde avessero cognizione delle nuove leggi che a tale intento si promulgavano nei giorni *nundinarii*: Van Collen *diss. de nundinis* §. 4 — Columella *de re rustica lib.* 1, *in prefact.* In tal guisa questo scrittore identificherebbe le *fiere* con i mercati: ma l' Arniseo *(de majestate, lib.* 2, *cap.* 3, *n.* 18) nota la differenza che intercede tra fiera *(nundina)* e mercato, allegando una disputazione del Bocero ed una dell' Obrecht a sostegno di tale differenza. Anche Conringio *(oper. tom.* 1, *pag.* 856) trovo che delinea le differenze tra mercato e *nundina*. La facoltà di istituire delle fiere o mercati nei vari paesi si considerò dai pubblicisti come un diritto Regio, e si concesse che la esercitassero i magistrati subalterni unicamente per delega del Principe. Vedasi sulla relativa storia la eruditissima dissertazione dello Hartleben *de jure instituendi nundinas; in thesaurus dissert. juridic. pars* 1, *dissert.* 3, *pag.* 126: l' altra del Pruimers *de nundinis eorumque jure* §. 17; e quella del Klien *de nundinis solennioribus, cap.* 3 *(in ejus Disput. vol.* 2, *disp.* 14, *pag.* 671). Lasciando queste ricerche agli eruditi qui importa notare che la qualifica di che si ragiona non colpisce soltanto le grandi fiere triennali o quinquennali; e molto meno si limita a quelle magnifiche esposizioni che il nostro secolo ha riprodotto dalle antiche costumanze orientali; ma deve applicarsi senza difficoltà anche ai piccoli mercati settimanali. La etimologìa della parola *fiera* (che anche il nostro volgo distingue dal semplice *mercato)* il Du Cange la trae da *feria*, osservando l' antico costume di promuovere quei concorsi commerciali in occasione delle festività di certi santi patroni speciali del luogo. Ma la idea di punire più severamente i furti com-

messi in tali occasioni quando cadono sopra gli oggetti esposti in vendita, io la credo moderna. Non ne dà traccia il giure romano: nè mi è riuscito trovarne sentore nelle pragmatiche napoletane e nelle antiche pratiche di Francia. Anche alle osservanze giudiciali toscane la credo ignota, poichè oltre a non darmene cenno Sabelli, Cerretelli, Buonfanti e Carmignani, si può asserire cosa nuova sull' autorità di Puccioni *Commento vol.* 5, *pag.* 59. Negli eruditi Alemanni che enumerano i privilegii nundinarii, non la trovo indicata. Ma forse la prima idea di ciò nacque in alcuno dei paesi minori dell' Alemagna, e di qui fu trasportata nel codice di Baden del 1845, §. 385, n. 15 donde poi l' attinse il codice Toscano.

(2) Avverte saviamente Puccioni *(Commentario articolo* 377, *vol.* 5, *pag.* 58) che la qualifica del tempo di fiera corre eziandio nel giorno precedente al suo principio, e susseguente immediatamente al suo termine, nei quali si prepara la esposizione delle merci, o si raccolgono dai mercanti quelle rimaste invendute.

(3) Il furto dei materiali preparati per le costruzioni meritò di essere contemplato da Luigi XV con la ordinanza speciale del 4 agosto 1731 che lo punì della gogna per la prima volta, e della galera per la seconda, ed inflisse una multa di mille lire ai compratori dei materiali sottratti. Del resto questa aggravante non può estendersi ai materiali che i fabbricanti di mattoni sogliono tenere ammassati all' aperto attorno alle loro fornaci dopo fattane cottura, poichè la costruzione di un opificio laterizio con destinazione permanente esige dal cauto speculatore la costruzione di recinti e luoghi di deposito attorno alla sua fornace a codesto servizio. Crederei però applicabile la qualifica ai materiali preparati per cuocere, i quali bisogna lasciare esposti al sole onde secchino.

§. 2228.

Sotto il punto di vista morale questa circostanza rivela forse malizia minore e minore malvagità nel ladro, perchè è tentato dalla occasione e non preordina artifizi colpevoli: ma sotto il punto di vista politico il pericolo è troppo grave e le conseguenze di tali furti possono essere troppo rovinose alle industrie perchè il legislatore non debba portarvi lo sguardo. L'antitesi di quelle due considerazioni ha renduto fluttuanti i legislatori nella apprezzazione di questo aggravamento, elevandosi da taluni la efficacia del medesimo ad alte misure e da altri contemplandosi con più benigne proporzioni. Il codice Toscano (art. 377 lett. *g*) ravvisa nello abbandono non una causa di qualifica ma di semplice aggravamento, niente mutando nella sua *specie* la pena ordinaria del furto semplice e soltanto aumentando la durata della prigionia. Il codice Sardo (art. 624) con la formula francese *oggetti esposti alla fede pubblica,* provvede a questi casi mediante un aumento di carcere.

CAPITOLO V.

Del grado *nel furto.*

§. 2229.

Seguitando il metodo che mi sono prescritto di portare in ciascuna classe di reato le mie considerazioni sulla *teorica del grado* non per ripetere le

regole generali nè per ribadirne i cardini, ma solo per chiarirne l'applicazione ed esaminare se in una data classe di reati s'incontrino tali condizioni da portare a deflettere dalle regole generali, od a riconoscervi una vera specialità eccezionale; trovo nel reato di furto ricco argomento ad importanti lucubrazioni. E queste rapidamente esporrò procedendo in prima dallo accenno delle specialità che può presentare il furto nel suo grado in quanto allo elemento *intenzionale*, per fare quindi passaggio ad analoga escursione in ordine al suo elemento materiale, e cioè ad occasione del tentativo e della complicità.

§. 2230.

La prima specialità alla quale richiama il reato di furto in proposito del *grado* è la questione della *clettomania*. Potrà dirsi che questo è un problema generale occorrente in ogni malefizio, e difatti come questione generale già ne diedi cenno al §. 249; e come regola generale dovetti io pure soscrivermi alla opinione più prevalente nel foro (benchè combattuta dai psichiatri) che non ammette cessazione d'imputabilità per una manìa puramente *morale*. (1). Se si pone la ipotesi di un turbamento psichico che tolga anche la coscienza della malvagità dei propri atti la questione non è questione, e la imputabilità è un assurdo: ma il problema della mania morale contempla la diversa ipotesi di una affezione che tolga o diminuisca mercè un prepotente impulso la libertà di eleggere lasciando però la coscienza; cosicchè l'uomo fa il male sapendo di fare il male, ma dice di esservi trascinato da una forza interna

alla quale non può resistere. In faccia a questa ipotesi i giuristi generalmente si accordano a mantenere la imputabilità mossi dal grave pericolo sociale della contraria dottrina, perchè in faccia a certe forme criminose (come nella manìa omicida) il concetto di una assoluzione è troppo pauroso: e la mente (purchè mai non si venga in faccia a così grave dubbio ad irrogare la pena di morte) può adattarsi a sciogliere il problema nel senso più rigoroso e dare la forma di *pena* a quella reclusione che dovrebbe pur sempre decretarsi o come *cura*, o come *prevenzione* per la sicurezza dei cittadini.

(1) Il problema sotto il punto di vista fisiologico è dei più gravi, e la sua soluzione dipende a parer mio dallo stabilire se la manìa morale possa avvenire senza una *alterazione organica*. Se veramente potesse dimostrarsi che anche tale ipotesi abbia sempre la sua prima causa in una condizione morbosa degli organi corporei sicuramente bisognerebbe provvedere alla tutela giuridica con altri mezzi, ma non si potrebbe per buona giustizia parlare d'imputazione, perchè l'abitudine criminosa deriverebbe da una *causa fisica* che in faccia alla monade (unica responsabile della azione) avrebbe i caratteri della forza superiore. Ma se invece la monomania deriva soltanto da un pervertimento morale, l'uomo ne è sempre più o meno responsabile, e lo si deve imputare. Questo al mio corto vedere sembra il cardine della questione: ma io non sono competente a trattarla, e solo mi permetto di dubitare se potrà mai giungersi ad una soluzione universalmente accettata. Despines nell' opera interessantissima pubblicata a Parigi nel 1868 che ha per titolo *Psycologie naturelle vol. 3, chap. 7, pag.* 178, osserva che la clettomania invade l'uomo sotto la forma di un'abitudine costante; laddove la mania incendiaria e la mania omicida lo assalgono interpolatamente e per accessi;

e soggiunge acutissime osservazioni per distinguere la mania *patologica* che esclude la imputabilità, dalla mania *psichica* (pervertimento del senso morale) che costituisce il ladro di mestiero e non mitiga la imputazione.

§. 2231.

Ma quando siamo in faccia al reato di furto io trovo una specialità nella questione. Già si comprende che una specialità nel furto è riconosciuta pacificamente da tutti in quanto a non ammettere la punibilità della *colpa:* e si comprende altresì che qui ci sta innanzi un fatto di natura sua *riparabile* (specialmente se si pone il dubbio in tema di furti scompagnati da modi violenti) e possono dal giurista, dal legislatore, e dal giudice più facilmente vincersi i consigli della paura. Ma oltre tale considerazione, che è puramente politica, evvi a fare una osservazione tutta giuridica. Il furto non si completa come delitto dalla sola *coscienza di far male.* No, esso ha per comune consenso uno elemento intenzionale tutto suo proprio, ed è l'*animo di far lucro.* Il clettomano come maniaco puramente morale sa di non potere legittimamente pigliare la cosa altrui, ma pur la piglia per un impulso irresistibile che a ciò lo spinge. Egli dunque non calcola di arricchirsi; non ha l' animo *lucri faciendi;* e non esaurisce gli estremi del delitto di furto. La storia ne assicura per incontrastabili documenti (1) di questo fenomeno: persone esenti da ogni bisogno ed in condizione agiatissima soggiacquero allo istinto di prendere oggetti altrui: molti tornavano poscia al dovere e ne facevano spontanea restituzione allegando non

avere potuto resistere alla mania del prendere. La clettomania è un fatto positivo ormai acquisito alla scienza. Ciò posto, sembra a me che in simile contingenza possa dirsi che concorre l'*animo di prendere,* il quale è insufficiente a costituire il delitto di furto, ma siavi difetto dello animo di *lucrare* indispensabile al malefizio.

(1) Casper *médecine legale tom.* 1, *pag.* 386 — Marc *de la folie pag.* 258.

§. 2232.

Altra speciale questione è quella degli *urgenti bisogni.* Non parlo di necessità attuale: in massima non ammetto imputabilità nel furto commesso per necessità di fame, o propria o della famiglia, salvo a verificarne gli estremi; e su questa regola può dirsi unanime la dottrina tranne le interminabili dispute degli antichi e dei moderni pubblicisti intorno alla definizione del suo cardine. Infatti non basta ammettere che chi rubi per assoluta necessità di fame non debba punirsi: è di più importantissimo stabilire qual è il principio per cui cessa la criminalità. E qui le formule sono due; fra le quali si sono divise le opinioni. O affermare che si fece *jure,* esercitando cioè un vero e proprio diritto sulla roba che ci abbisogna: o che si fece *injure,* ossia *sine jure,* ma si *scusa* il fatto per ragione della necessità. In questo conflitto ideò Fichte una terza formula, e disse che non si agiva nè *jure* nè *contra jus,* perchè in faccia alla necessità tacevano tutte le leggi: ma in tale proposizione lo confutò Levi-

ta osservando non potersi mai ammettere in società un momento in cui non esista legge; e poscia Berner (1) osservando che non può esistere un punto d' *indifferenza* in faccia alla *legge giuridica:* o l' atto è proibito e *fit injure:* o non è proibito e *jure fit,* perchè nella libertà umana vi sta il diritto di fare tuttociò che non è proibito. Questa osservazione dello illustre prof. Berlinese è giustissima, e per lei si chiarisce una ulteriore differenza fra la *legge morale* e la *legge giuridica:* i moralisti poterono concepire una serie di atti che dissero *indifferenti* perchè non erano nè viziosi nè virtuosi; ma in faccia alla legge giuridica l' uomo avendo uno illimitato diritto allo esercizio della propria attività finchè non incontra il divieto, tostochè il divieto tace rinasce evidentemente il diritto di agire: se non che nel presente tema la proposizione che fosse atto indifferente cibarsi dello altrui per non morire, male si sosterrebbe anche in faccia alla legge morale che impone il dovere della propria conservazione. Bisogna dunque scegliere fra quelle due formule. Ortolan opinò *(élèments n. 357)* per la *scusa* anzichè per la legittimità, asserendo repugnante affermare il *diritto di ledere il diritto,* per lo che si scusa la lesione per il calcolo della prevalente importanza del diritto conservato. Ma bene lo combattè Berner avvertendo che la formula di *scusa* male risponde alla posizione di chi agisce per salvare la propria vita, perchè la *scusa* presuppone sempre una *colpa,* una reprensibilità dell' atto, e in costui non è possibile concepirla. Egli sembrò sciogliere il nodo ponendo alcune ipotesi nelle quali si agisce *jure* ed alcune nelle quali si è soltanto *scusati.* La prin-

cipale obiezione contro la dottrina che riconosce nello affamato un vero diritto a prendere l'altrui sta in questo: che ammesso nello affamato lo esercizio di un vero diritto ne consegue che il proprietario usando violenza contro di lui per salvare la sua roba commetta ingiuria perchè agisce contro il diritto altrui; e debba per conseguenza punirsi il proprietario che violentemente respinga l'affamato, o a lui ritolga il tolto. Ma questa difficoltà pare a me di facile eliminazione, perchè il proprietario reagisce nella coscienza del proprio diritto ignorando lo stato eccezionale di necessità in cui versa il sottrattore delle cose sue, e perciò non è niente in dolo. Che se mi fate la ipotesi di un proprietario il quale per modo certo conosca lo stato pericolante dello affamato e malgrado ciò gli ritolga (senza versare egli stesso in uguale condizione) la cosa sua, io non esiterò nella ipotesi di questa difficilissima prova a riconoscerlo colpevole. L'altra obiezione che pure si fa, procede dal considerare che se lo affamato agisse *jure* non gli correrebbe il dovere d'indennizzare il proprietario quando poscia egli ritorni in floride condizioni. Tale dovere bisogna certamente riconoscerlo; ma anche questa difficoltà mi sembra di facile eliminazione tostochè il diritto dello affamato si limiti all'*uso momentaneo* della cosa, non essendovi bisogno di estenderlo alla definitiva appropriazione del valore. Oltre la ipotesi della fame ve ne sono pur altre nelle quali un furto d'uso diviene legittimo per la necessità e resta pur sempre il debito dell'indennizzo relativamente non al valore dell'uso, ma al valore della sostanza. In caso d'incendio si prendono scale dove si trovano, ed al-

tri strumenti per servirsene a frenare le fiamme: un uomo inseguito dai ladroni giunge presso ad un fiume, e s' impadronisce di un barchetto per procurarsi lo scampo. I principii sono identici.

(1) Vedasi l' acutissimo discorso di Berner *(de impunitate propter necessitatem)* ed anche il mio discorso *sulla difesa pubblica e privata negli opusc. vol.* 1, *opus.* 1, dove fino dal 1859 manifestai la mia opinione con questa formula: la legge suprema dell' ordine dalla quale emana il giure penale nella società lo costringe a tacere in faccia alla necessità per virtù della quale cessa il diritto della difesa pubblica, e risorge il diritto della difesa privata. Possono ancora consultarsi Velasco *de privilegiis pauperum pars* 1, *quaest.* 65, *n.* 21 — Crusio *de indiciis pars* 3, *cap.* 18 — Tolomei *diritto penale filosofico e positivo austriaco* §. 332; ed i citati nella nota a §. 2040. Un elegante caso di furto scusato per la difesa del pudore lo ha proposto il Berner *(de impunitate propter summam necessitatem pag.* 6) in colei che mentre bagnavasi in un fiume abbia trovato le sue vesti sottratte da un ladro, ed abbia preso i panni di un' altra bagnante per non ritornar ignuda in città; ed ha fatto una giusta applicazione a tale ipotesi della regola insegnata da Farinaccio *(quaest.* 174, *pag.* 83, *de furtis; tom.* 3, *n.* 68) *propter nimiam nuditatem, dummodo quis non furetur rem excedentem suam estremam necessitatem.* La Costituzione Carolina previde il caso del furto necessario all' art. 166. Non dettarono su ciò disposizioni speciali il codice Bavaro del 1813, l' Austriaco, il Prussiano, ed altri molti. Vollero regolare questa ipotesi: Wurtemberg, Sassonia, Turingia, Brunswick, Hannover, Hassia, Nassau, Baden, Bolivia, Perù, ma incolsero in gravi scogli, gli uni per insufficiente definizione, gli altri per troppo accurata e minuta, alcuni non segnando limiti alla impunità, altri prescrivendo che la si negasse quando la necessità era conse-

quente ad un atto delittuoso; altri che ella si negasse anche quando era consequente ad un atto soltanto imprudente. In certi argomenti i codici fanno meglio ad osservare il silenzio, rimettendosene a quei supremi principii di equità e di giustizia che non possono non essere nel cuore dei giudici, i quali meglio assai del legislatore sono in grado di apprezzare le circostanze speciali dei casi. Del resto ripeterò che in criminale bisogna tener conto delle *cause immediate* senza risalire ad un sindacato remoto; altrimenti si viene a punire il pazzo che per abuso di liquori od altro sia stato causa riprovevole della propria malattia.

§. 2233.

Anche però fuori della ipotesi della *male suada fames* possono esservi nella vita sociale certi stati di penuria certi momenti di strettezza che trascinino al furto l'uomo quantunque nodrito ad onesti sentimenti, e niente pervertito nel cuore. Calcolando lo impero che esercitano sull'animo e sulla libertà umana certe contingenze di pericolo nell'onore, di pericolo nella libertà personale per la mancanza di pronto numerario, bisogna riconoscere in tali urgenze una pressione che diminuisce la forza morale soggettiva del malefizio. E bisogna ammetterla come scusa se specialmente si dimostri che lo agente aveva inutilmente esaurito presso gli amici e congiunti tutti i tentativi per procurarsi soccorso.

§. 2234.

Che se si pone il caso di un furto commesso in circostanze di straordinarissime urgenze scoperto dopo un intervallo, e il giudicabile trovasi aver già

fatto spontanea restituzione del tolto, io non esiterei ad assolvere (1) purchè il furto fosse disgiunto da qualunque aggressione contro le persone. Questa è la forma che più ordinariamente assume nel furto la scusa descritta con formula generale come *impeto di affetti* (2).

(1) L'argomento della *restituzione del tolto* nel reato di furto è occasione d'importante analisi. In primo luogo può dirsi che per porre tale questione è indispensabile — 1.° Che la restituzione sia fatta *dal ladro*; non da terzi che agirono senza mandato suo — 2.° Che deve essere *spontanea;* procedente cioè da una resipiscenza e non da un artifizio — 3.° Deve per conseguenza esser fatta prima che alla giustizia sia *cognita* la persona del ladro; altrimenti sarebbe facile calcolo rubare per rendere se si è discoperti, e ritenere se si rimane occulti. A questi tre estremi se ne aggiunge comunemente un quarto, cioè che la restituzione sia *completa:* ma io non vorrei essere tanto rigoroso su questo estremo dove incontrassi i tre precedenti, perchè la mancanza di restituzione di qualche *piccolissima parte* del compendio furtivo (derivata forse da una casualità, da una dimenticanza, da uno smarrimento) non mi parrebbe che per regola assoluta dovesse condurre a tanta severità. In secondo luogo nel concorso dei precedenti estremi nasce divergenza in quanto agli *effetti.* Alcuni a quel fatto non attribuiscono che una forza *diminuente:* altri ve la ravvisano eziandio *dirimente*, liberando da ogni pena. Questa più benigna opinione che prevale appo i Turchi (Eschbach *droit Musulman pag.* 298) si discusse fra gli antichi dottori; ma generalmente prevalse la dottrina che tutto al più dovesse cavarsene una diminuente: Grantzius *de defensione reorum pars* 2, *pag.*208, *n.* 557 *et n.* 563 — Eckold *compendiaria pandectarum pag.* 1235, §. 18 — Hertius *responsa tom.* 1, *cons.* 355 — Harpprecht *decis.* 3, *n.* 24 *et seqq.; et dec.* 2, *n.* 76 *et seqq.; et dec.* 13,

n. 54. Ma modernamente alcuni giuristi alemanni trovarono di potere accordare alla restituzione spontanea e completa del tolto anche una forza dirimente, esonerando per virtù della medesima da ogni imputazione: e il codice Austriaco al §. 187 sanzionò tale dottrina. Mittermajer nella nota a Feuerbach al §. 329 let. a, lodò questa disposizione: e Chauveau (*théorie du Code pénal* §. 3162) osservò molto acutamente che la punizione del ladro il quale aveva spontaneamente restituito il tolto è ostativa alla emenda; e manca di ogni scopo politico. La impunità di un tal fatto (egli dice) non può allarmare nessuno; e molto meno può esser causa di mal esempio, essendo assurdo che alcuno si determini a rubare calcolando sulla restizione immediata. L'illustre Geyer al contrario ha criticato quella disposizione, osservando con esattezza giuridica che la completa scriminazione farebbe supporre non esservi nel furto altro danno che il *privato;* ma poichè (egli soggiunge) vi è pure il danno politico derivante dallo allarme dei buoni non è conveniente che il ladro si esoneri per la restituzione da ogni benchè piccola pena, perchè con ciò il danno politico rimane senza riparazione. Osservo ancora che nell' animo mio fa grave difficoltà la comparazione del *tentato* furto col *consumato*, perchè il reo di tentativo non potendo operare la restituzione si ha la inevitabile conseguenza che egli sia a peggiore condizione dell' autore di furto consumato. Difficoltà mi genera ugualmente il caso dei più correi: un giudicato del 12 ottobre 1864 del tribunale di Treviso colpiva un correo di furto che aveva spontaneamente e tempestivamente fatta la restituzione completa della parte del furto a lui toccata; ma perchè egli non aveva potuto rendere la parte del suo correo che tenacemente se la era tenuta, non potè ammettersi al benefizio della legge. Può consultarsi intorno a cotesti effetti una dissertazione del consigliere aulico dott. Giuseppe Kitka inserita nell' *Eco dei Tribunali anno XI, n.* 1093, 1094, ove si ricordano quattro casi pratici singolarissimi: altra dissertazione del dott. Federigo

Rulf professore ordinario nell' Accademia di Presburgo, sulla impunità del furto per efficace pentimento, inscrita nell' *Eco dei Tribunali anno IX, n.* 873: ed altra dissertazione del consigliere Maucher inserita nell' *Eco dei Tribunali anno XV, n.* 1458-59-60. In terzo luogo lasciata da banda la maggiore o minore larghezza delle *condizioni* e degli *effetti* della scusa è vitale la ricerca del principio. Non basta dire che par buono di alleviare la sorte del ladro che restituì; bisogna determinare per qual ragione ciò debba e possa farsi dalla legge. Qui possono prendersi diverse vie. Può l' ammissione della scusa considerarsi utile allo interesse privato, e scorgervisi un mezzo pel quale l' offeso possa più facilmente restituirsi nel godimento dei suoi diritti. Guardata la cosa sotto questo aspetto ne deriva — 1.° che tale scusa niente più ha che fare con la dottrina del grado nella imputazione e nel delitto, ma interamente trapassa nella teorica del *grado della pena*, ossia delle attenuanti — 2.° ed allora siccome quella veduta di reintegro si soddisfà tanto se la restituzione procede dallo stesso ladro quanto se procede dai suoi congiunti o protettori, cessa ogni ragione di distinguere per questo lato. E difatti trovasi nella giurisprudenza germanica (Harpprecht *decis.* 8, *n.* 37 *ad* 43) essere stata pratica quotidiana di mitigare la pena pel ricupero della cosa ottenuto dal derubato, *non adhibito discrimine* se fu resa spontaneamente o no, o dal derubato o da terzi. Questa larghezza (sempre ispirata dallo aborrimento della pena di morte) non ha niente che fare con la dottrina odierna. Si può invece guardare il problema sotto il punto di vista giuridico: e qui possono portarsi innanzi due opposte considerazioni. Può nella restituzione del tolto scorgersi un segno di pentimento, ed ecco la scuola correzionalista che propugna la scusa come eccitamento alla emenda. Oppure può per quella restituzione dubitarsi del fermo proposito di arricchirsi con l'altrui; e così facendo in certa guisa retroagire la manifestazione posteriore dell' animo sullo stato di animo del ladro concomitante al delitto, ravvisare nelle originarie condizioni del medesimo un meno

nella forza morale soggettiva. Quest' ultimo modo di vedere concilierebbe con la scuola correzionalista anche la scuola ontologica e darebbe una linea per cui referire alla dottrina del grado nel delitto anche il caso della restituzione del tolto. Sempre però in entrambo le forme di questo secondo punto di vista la *spontaneità* resterebbe una condizione *sine qua non* della scusa. Il principio che scrimina il furto per la spontanea restituzione suggerì al Kitka l'argomento di una dissertazione, dove sostenne non punibile per duplice furto colui che avesse commesso un secondo furto per indennizzare il primo proprietario da lui precedentemente derubato: vedasi *Eco dei Tribunali anno VIII, n.* 815.

(2) Nel reato di furto dove generalmente non si tien conto della premeditazione come aggravante perchè si suppone abituale il calcolo e la riflessione in un delitto che muove da avidità, non può darsi valore al semplice criterio della istantaneità della risoluzione. Pure i pratici s' insinuarono in questo campo per diversi modi. In primo luogo si pose innanzi la *povertà* che da moltissimi si valutò come scusa quando concorresse la buona condotta e si trattasse di un primo furto. In secondo luogo si pose innanzi la facile *occasione* presentatasi accidentalmente, e su questa dissertarono sostenendosi da alcuni doversene fare una minorante D' Anethan *de meditato delicto pag.* 51 — Thomasio *dissertatio de abigeatu* §. 55; altri invece opponendo che la maggior facilità di delinquere deve esser causa di aggravio: Eckold *comment. pandect. pag.* 1280, *n.* 1. In terzo luogo si portarono innanzi altre varie combinazioni da valutarsi come minoranti sempre in relazione alla minore forza morale soggettiva del malefizio in quanto lo agente aveva mostrato una minore avidità, come quando fu pago di rubar poco mentre poteva rubar molto: Harpprecht *dec.* 9, *n.* 62 *et seqq.*; oppure in quanto egli ebbe un qualunque motivo di non ritenere legittimi i diritti del possessore come nel caso di chi ruba al ladro la cosa rubata: Weittenau *cons.* 61, *n.* 5. Ma io non credo che possa alla teorica del-

l' impeto aggiungersi una forma ulteriore che potrebbe chiamarsi impeto di avidità per costituirne una causa costante di minorazione nel furto. Bensì quando sorgono questioni consimili si deve sempre ricondurre il problema alla ricerca dell' animo di locupletarsi che nel furto è essenziale: e dove la circostanza che si pone innanzi possa modificare l' animo di lucro, la imputazione non si degraderà ma potrà divenir minore per impropriazione di titolo. Sul qual proposito ricorderò che Gejer con acutissima dissertazione (*Eco dei Tribunali anno II, n.* 902) sostenne che l' animo di lucro essenziale al furto doveva estrinsecarsi nella veduta di un vantaggio pecuniario. Questa tesi mi parve assai ardua. Alla eccezionalità dell' affetto appartiene pure il caso di chi sottragga dalle mani degl' infedeli vasi sacri o reliquie di santi affinchè non siano profanate; nel qual caso insegnano in termini i pratici non potersi obiettare il furto: Bonifacio *de furtis*. §. *animo, n.* 21. Su questa dottrina io difesi non ha guari i Reverendi Cappuccini di Lucca imputati di avere trafugato alcune immagini e reliquie di santi di piccolissimo valore all' occasione della soppressione degli ordini monastici; sostenendo non potersi punire per mancanza dell'animo di lucrare.

§. 2235.

Prescindendo dalla forma sopraindicata l' impeto degli affetti nel furto più difficilmente può presentare i termini di vera e propria *scusa*, quando (a modo di esempio) si dimostri che fu rubato ad un nemico per il fine di esercitare una vendetta. La pratica ha ammesso talvolta anche cotesta difesa ed ho ricordato lo esempio di un giudicato che scusò un marito il quale aveva commesso un furto a danno del drudo della propria moglie sorpreso in flagranza (§. 2036, nota 1, e §. 2126). Ma guardando esattamente la cosa sarà più facile sostenere che simile contin-

genza non opera propriamente una *scusa* al furto, ma denatura il delitto facendolo degenerare in una *ragion fattasi* (1). Tranne questo punto di vista io scorgo poca rilevanza nello essersi rubato piuttosto ad un nemico che ad altri, quando in sostanza si ebbe il fine di arricchire con la roba altrui.

(1) Anche la Corte Suprema di Vienna con sentenza del 24 decembre 1850 decise non essere colpevole di furto il creditore che per pagarsi del suo credito prendeva una cosa del debitore, ravvisando qui l' animo di evitare un danno piuttosto che l' animo di arricchirsi. Notisi però che la medesima Corte dichiarò colpevole di famulato una serva che per pagarsi del salario non soddisfatto aveva rubato un abito alla padrona (Decreto 29 marzo 1854, n. 2984). Io penso peraltro che questo secondo giudicato muovesse da ragioni di fatto, in quanto il non pagato salario si considerasse come un pretesto troppo facile ad espiscarsi da tutti i servi che rubano al padrone.

§. 2236.

La ubriachezza, la età, e le altre circostanze desunte dalla minorata forza morale soggettiva che si contemplano nella teorica generale del grado, non offrono in têma di furto specialità che siano meritevoli di osservazioni eccezionali: soltanto può dirsi in proposito della età (1) che il discernimento si escluderà più facilmente in relato ai diritti di mio e di tuo, che non in relato ai diritti della integrità personale: e che la ubriachezza potrà più facilmente ammettersi anche come dirimente quando l' ebro tornato in sè stesso abbia fatto spontanea restituzione, pel giuoco che fa in questo reato il concorso o la mancanza dell' animo di lucrare.

(1) Può dirsi che tutti quei pratici i quali portarono le loro meditazioni sulla scusa della età applicata al furto insegnarono doversi in questo reato usare una larghezza maggiore che in altri a riguardo dei giovinetti anche recidivi: Harpprecht *dec.* 9, *n.* 56 *et seqq.* — Dolfio *allegatio* 24, *n.* 5 *et* 12.

§. 2237.

In quanto allo *errore* è da avvertirsi che lo errore di diritto potendo operare in questo malefizio sotto la forma d' ignoranza di *gius civile* e non d' ignoranza di *gius penale,* assume i caratteri di errore di fatto. Quando in buona fede io credo che una cosa sia *mia* per virtù di un contratto o di una successione, quantunque in verità non lo sia, io erro sulle regole del diritto civile, ma pure in faccia al giure punitivo quell' errore (purchè ragionevole e non affettato) si ha come errore di *fatto* e diviene sostanziale e scriminativo, perchè distrugge la coscienza del male ed esclude l' animo di arricchirsi sull' altrui. In ordine poi all' errore di fatto deve ricordarsi che qui non è *sostanziale* altro che quello che cade sul rapporto di proprietà. Non influisce l' errore sulla *natura* della cosa rubata (rame o oro) nè sulla sua *qualità* (cosa migliore o peggiore) nè sul *valore* della medesima. Chi rubò un sacco contenente cento franchi credendo ve ne fossero cinquanta è responsabile del furto di cento, come colui che le rubò credendo ve ne fosse mille. Quando la differenza si estrinseca *in meno* lo agente gode il benefizio dello evento del quale soltanto risponde, e non può obiettarglisi un tentativo mentre il *di più* non vi era. Quando la differenza si estrinseca *in più* imputi a

sè stesso se non osservò meglio. Come egli avrebbe profittato della fortuna trovandosi più ricco di quanto aveva sperato, così deve subire le conseguenze della fortuna col trovarsi esposto a pena più severa (1). Del resto la distinzione della vincibilità o non vincibilità dello errore io non la veggo operativa di effetti nella presente materia, perchè non si accetta la punibilità del furto *colposo,* stante la regola generale che nei delitti di danno *reintegrabile* respinge la punibilità della colpa.

(1) Analogo allo errore su di un fatto è un erroneo giudizio che cada sulle intenzioni altrui. Così il consenso *putativo* (e già lo avvertii) del proprietario può escludere il dolo: Grantz *de defensione reorum cap.* 5, *memb.* 2, *sect.* 3, *art.* 3, *n.* 222, 223, 224 — Puttmann §. 444 — Crell *dissert. de delictis quae jure familiaritatis escusantur,* §. 3; *in ejus dissert. fasc.* 9, *diss.* 76. Ma del pari non è reo di furto chi prende l'altrui supponendo che il padrone non voglia mentre invece vuole e consente: Stryhio *de jure sensuum dissertat.* 20, *cap.* 6, *n.* 50. Lo errore di fatto può inoltre scusare malgrado il concorso del dolo nella ipotesi del figlio che rubi in casa del padre la proprietà del terzo credendola cosa del genitore. Ma è generale la dottrina che lo errore sul valore o qualità della cosa non modifichi la imputazione, la quale rimane regolata sul criterio dello evento (Eyben *disputatio de assassinio* §. 12; *in ejus opusc. pag.* 411, *colon.* 2) ed è regola testuale per la *leg.* 21, §. 2, *ff. de furtis* in termini, e per argomento dalla *l.* 43, §. 4 *ff. eodem;* e dalla *l.* 18, §. 3, *ff. de injuriis.* Di cotesta regola dubitò il Kitka nella sua elegante dissertazione (*Eco dei Tribunali n.* 877) ove propose il dubbio sotto questa forma; chi rubò una cosa credendo rubarne un' altra dovrà egli dirsi colpevole di *furto tentato* in quanto alla cosa che non rubò, e debitore soltanto di *truffa* in quanto alla cosa che rubò

perchè quando contrettò quella cosa non la voleva prendere, e la sua relativa colpevolezza nacque soltanto quando conosciuta la differenza *la ritenne?* Ragione del dubbio è che in questo momento egli già n' era in possesso. Se però si avverte che lo spossessamento del proprietario non avvenne per volontà di lui ma per il fatto reo del sottrattore, si comprenderà non esservi per modo alcuno adattabile il titolo di truffa. Lo sarebbe invece nella diversa ipotesi che l' oggetto non fosse stato preso dolosamente ma per disavvertenza o credendolo proprio; e poscia conosciutolo altrui si fosse malgrado ciò ritenuto. Lo errore sul vero padrone della cosa che si ruba non influisce di ordinario sul titolo del reato, salvo il caso che credendo rubare l' altrui si prenda la cosa propria. Ma qui sorge la intricata questione proposta dal Pileo (*quaest. aureae quaest.* 134) e poi dall' Harpprecht (*dissertatio de abigeatu n.* 67) i quali fecero la ipotesi che Tizio avesse dato ordine a Cajo di rubare un' agnella di un terzo che pascolava in un campo: Cajo sbagliò il campo e rubò invece l' agnella dello stesso Tizio. Qual fu l' effetto giuridico di cotesto errore? Cajo contrettò la cosa aliena per fine di lucro, e poichè Tizio non aveva consentito che si pigliasse l' agnella sua la contrettò *invito domino;* dunque è inevitabile per lui il titolo di furto. Ma Tizio mandante dovrà egli esser punito come partecipe del furto caduto sulla cosa sua propria? Dovrà punirsi per titolo di tentativo? Dovrà punirsi per sola instigazione a delinquere? Non vidi mai un caso inestricabile come questo.

§. 2238.

Passando ora al tentativo ricorderò che già sono venuto qua e là notando alcune relative questioni speciali a certe forme di furto; e già parlai (§. 2018 e segg.) delle divergenze relative al vero momento in cui questo reato passa dal tentativo alla consu-

mazione. Seguendo la dottrina prevalente in Toscana così nelle scuole come nel foro e nella legislazione, io riconosco il momento consumativo del furto nella amozione da luogo a luogo senza aspettare la asportazione (1). Accettare come momento consumativo del furto la semplice apprensione che il ladro faccia della cosa altrui con animo di appropriarsela è non solo una deduzione logica del concetto che ravvisa nella violazione del possesso la essenzialità del furto proprio, ma è ben anche una necessità pratica; perchè lasciando indietro codesto momento più non si saprebbe dove fermarsi per trovare il passaggio dal tentativo alla consumazione del furto, nè come definire il criterio delimitativo dell' uno dall' altra. Difatti se noi esaminiamo le applicazioni pratiche della opposta regola troviamo fluttuanze e discordie perenni intorno al momento da sostituire alla amozione. Fuvvi chi disse che il ladro quando fosse inseguito per via ed a lui fosse ritolta la cosa rubata non era responsabile che di furto tentato: ma poi dovette limitarsi ciò a riguardo dei borsajoli (detti da alcuni *fures nundinales)* pei quali si ammise che fossero debitori di furto consumato quando si erano posti in tasca la cosa ghermita, quantunque rimanessero tuttavia sul mercato. Poi si disputò se quando il ladro ha sotterrato la cosa rubata e il padrone è riuscito a rintracciarla si abbia il furto tentato o consumato: e si volle distinguere fra chi l' avesse sotterrata in aperta campagna, e chi nell' orto o adiacenze del proprietario: dicendo consumato il furto nel primo caso *quia haec est species suae custodiae;* e tentato nel secondo; ed altri invece trovò indistintamente la consumazione

in tutte queste ipotesi. Insomma sono inevitabili e senza fine (2) i conflitti se si abbandona il criterio della amozione.

(1) La consumazione del furto si è dalla giurisprudenza toscana costantemente riconosciuta nella semplice apprensione dell'oggetto (*Annali di giurisprudenza Toscana XX*, 1, 63; *XIV*, 1, 617; *XII*, 1, 510, e 651; *XXI*, 1, 131, e 133, e 134) purchè definitiva: *Annali Toscani XVII*, 1, 559. E solo si è disputato se la apprensione di una *parte* basti a dir consumato il furto del *tutto*, o se un tale furto sia in parte tentato e in parte consumato: *Annali Toscani XV*, 1, 557, 558. Già sappiamo come su ciò si dividessero i Romani giureconsulti. Non è già che mai sognassero di sostenere che la sottrazione di una parte dello acervo per opera di chi voleva sottrarre il tutto non presentasse un furto ormai consumato rispetto alle cose che aveva preso: tutto all'opposto, considerando lo acervo come una *universitas* e il disegno del ladro come un insieme giuridico, i più antichi sostennero che il furto di tutto lo acervo era già consumato per la semplice sottrazione di una parte. Ma tale opinione fu meritamente rejetta dai più moderni giureconsulti Romani: e non ho mai compreso come si volesse tentare di riprodurla oggigiorno.

(2) Si vedano Hommel *Rhapsodiae observ.* 29, 52, 59 — Carpzovio *practica criminalis quaest.* 85, *n.* 2 — Kress *Comment. ad art.* 159, §. 3, *C. C. C.* — Bergero *electa juris criminalis pag.* 56, *vol.* 1 — Puffendorff *practica rerum criminalium cap.* 25, *n.* 48 — Anton Mattheo *de criminibus tit. de furtis* §. 1. Il Dolfio (*allegatio* 113, *n.* 11) alla consumazione richiede *ut sit secuta asportatio ad locum destinatum:* Harpprecht *decis.* 8, *n.* 14 — Muta *decisio* 40, *n.* 21, *fol* 217. Speciale sull'argomento è la dissertazione del Beck *de vera furti consumati notione*. La giurisprudenza del codice Austriaco sembra che trovi tentativo di furto anche dopo

l'amozione se il colpevole abbandonò la cosa per via: *Eco dei Tribunali* 1863, *n.* 1312 — Klien *Rivista dei principii relativi al delitto di furto pag.* 261, 267. E più magistralmente di ogni altro il Waechter (nella sua dissertazione *sulla consumazione del furto* inserita nel *Nuovo Archivio di diritto criminale tom.* 21, *fascicolo* 2, e riprodotta dal Mori negli *opuscoli vol.* 3, *pag.* 271) riassunse la disputa così in faccia alle dottrine degli antichi come dei moderni giuristi alemanni. In sostanza la teorica si riassume in tre divergenti opinioni. — 1.° Quella romana della *contrectatio* ossia dello *impossessamento*, che considera la consumazione nella semplice *amozione* da luogo a luogo, ed è prevalente in Toscana. — 2.° Quella dell'*ablazione* per la quale il furto s'intende consumato allora soltanto quando il ladro si è *portata in salvo* la cosa: e fu prevalente fra gli antichi pratici. — 3.° La opinione media a tenore della quale per la consumazione si esige una *asportazione* dal luogo del furto, e dalla custodia del derubato, senza bisogno peraltro che il ladro abbia posto in salvo la cosa: che sebbene modernamente riprodotta da insigni criminalisti è oggidì abbandonata. In questo conflitto di opinioni che portava a degli scandalosi disequilibri nella penalità pratica, hanno fatto benissimo quei codici moderni (Baviera art. 210; Wurtembergh art. 317; Austriaco §. 225; Toscano art. 374) i quali hanno dato sanzione legislativa alla dottrina dello *impossessamento*, per la quale il furto è consumato tostochè il ladro ha preso in mano la cosa con l'animo di appropriarsela: ed è la sola che risponda ai bisogni pratici.

§. 2239.

Non meno vivo è il dissidio intorno al definire il termine *a quo* del conato nel furto; e non vi ha dubbio che il preconcetto di un diverso momento consumativo eserciti influsso anche su questo im-

portante problema. Riconosciuta senza contrasto la règola che gli atti *preparatorii* non siano tentativi punibili pare con ciò di aver fatto un gran viaggio e non si è fatto neppure un passo: perchè la discordia nasce quando si ha nel caso pratico a decidere se un dato atto esce o no dalla sfera dei preparatorii. E in tema di furto questa disputa è gravissima; mentre da alcuni si ravvisa già come tentativo anche il solo ingresso nella casa del proprietario con animo di rubare mentre da altri non si vuole vedere un tentativo punibile nemmeno nella scalata e nello scasso; spingendosi quasi la esigenza ad aspettare che il ladro abbia posto la mano sopra la cosa per dirlo reo di tentato furto, e così non riconoscendo tentativo punibile tranne là dove noi troviamo furto consumato. È impossibile dettare altra regola per definire gli atti preparatorii tranne quella della *univocità;* ma la univocità non può essere che un criterio *concreto.* Quando lo ingresso, lo scalamento, la effrazione si dimostrano univocamente diretti al furto, la *esecuzione* è cominciata: non è ancora incominciata la *consumazione,* e perchè gli atti sono caduti sul *soggetto passivo dell' attentato* e *non sul soggetto passivo della consumazione* si avrà un conato *remoto,* e non un conato *prossimo:* ma sempre sarà conato punibile (1). Invano si ripeterà con Rossi che colui potè scalare quel muro od entrare in quella casa *per altri fini* o innocenti o meno pravi del furto: curiosità, spionaggio, amori e simili. Questa osservazione non è che un sofisma. Si sa ormai che la direzione intenzionale al fine criminoso è elemento indispensabile del tentativo punibile in qualunque delitto. Senza questa non sono

conato punibile neppur gli atti consumativi. Ponete che io presenti una pistola a cane montato al petto di un uomo al solo fine d'incutergli timore o fargli una rozza celia: certamente voi non avrete in ciò un tentato omicidio per mancanza di elemento intenzionale. Ma per questo verrete voi ad insegnare la regola generale che puntare una arma da fuoco al petto dell'inimico non è nel rispetto della sua materialità un principio di esecuzione dell'omicidio, nè un conato punibile!!! Sempre quella benedetta mania di confondere nelle questioni della esistenza giuridica di un tentativo la ricerca sullo elemento *intenzionale* e la ricerca sullo elemento *materiale;* le quali vogliono essere distintamente studiate in teoria e distintamente assodate in pratica. Quando io domando se colui che entrò in mia casa atterrandone l'uscio abbia o no posto in essere un atto esteriore di esecuzione costituente un tentativo punibile, io suppongo dimostrata la intenzione di rubare, e solo propongo il dubbio se l'atto esteriore sia sufficiente a costituire l'elemento materiale del conato punibile: e voi con un circolo vizioso mi rispondete che colui poteva non avere intenzione di rubare. Ma ciò è fuori della questione. Se non aveva intenzione di rubare, il conato sparisce per difetto dello elemento morale ed è inetta la disputa sullo elemento materiale. Ma se quella intenzione è chiara, se colui è entrato nella cantina disabitata recando seco un barile vuoto, potrete ancor dire che vi è entrato per spiare od amoreggiare! Bisognerà bene dichiariate che vi è entrato *per rubare del vino* perchè il complesso degli atti materiali vi presentano la univocità: sfido a negar ciò. Ed allora assodato lo elemento inten-

zionale la disputa bisognerà bene affrontarla sullo elemento materiale, e non potrete scivolare da questo terreno. Bisognerà che decidiate se lo ingresso nel luogo dove si vuole commettere il furto sia o no un atto esteriore costituente principio di esecuzione del furto, e così un tentativo punibile: e a tale inchiesta dovrete rispondere con argomenti tratti dalle condizioni della materialità dell' atto, non più potendo eludere la disputa all' ombra della ipotesi renduta impossibile di una intenzione innocente. E si dovrà concludere che tale ingresso ha bastante esteriorità esecutiva per dar materia al conato. La univocità che cònverte gli atti *preparatorii* in esecutivi ai fini del conato non può pretendersi in un senso assoluto ed astratto. In questo senso non sarebbero univoci che gli atti *consumativi*. Bisogna prenderla nel senso di un calcolo di maggiore probabilità desunta dalle circostanze materiali dell' atto del quale si disputa. Nella vita umana fra coloro che comprano armi, piombo, veleni, forse ve ne sarà uno su mille che acquisti tali cose per farsene strumento alla deliberata strage di un uomo: dunque bisogna non tener dietro a rare eccezionalità e mantenere quegli atti nella sfera dei *preparatorii*. Ma per lo contrario fra mille che entrino nelle altrui case anche aperte e si appiattino in quelle, o che vi s' introducano atterrando gli usci, scalando le finestre, o procurandosi falsa chiave, ve ne sarà appena uno che ciò faccia per causa di amore o di spionaggio o di curiosità: il caso più ordinario e giornaliero è che ciò si faccia per fine di furto. Dunque in cotesti atti bisogna ravvisare la univocità verso il furto e riconoscervi la potenza di costituire il materiale del

suo tentativo; salvo sempre, quando il caso eccezionale si verifichi, a ricusare l' applicazione di questo titolo per difetto dello elemento intenzionale. E nel valutare questo ad evitare ogni pericolo sarà sufficiente si ricordi la regola che in qualunque *dubbio* si deve sempre accettare la ipotesi della intenzione meno prava e del fine meno criminoso.

(1) Van der Veen (*de conatu delinquendi pag.* 22) prese a negare che lo ingresso nella casa altrui e nemmeno la effrazione della cassa contenente il denaro che si voleva rubare, costituisse tentativo: e tale dimostrazione assunse prescindendo da ogni riguardo alla univocità dell' atto, ma sottilmente argomentandola da considerazioni ontologiche. Egli dice, non sono *conati di furto perchè sono atti di natura diversa dagli atti coi quali si eseguisce il furto*. Ma tale postulato è desso vero? Se veramente il criterio delimitativo della preparazione dal conato punibile fosse cotesto, ne deriverebbe che la preparazione del veleno sarebbe conato, perchè certamente preparare il veleno è uno degli atti che ontologicamente pertengono alla esecuzione del veneficio: e per lo contrario ne avverrebbe che più non sarebbe vera la distinzione del Carmignani fra *soggetto passivo della consumazione e soggetto passivo dell' attentato*; e dovrebbe dirsi non essere conato punibile tutti gli atti che cadono sul *soggetto passivo dell' attentato* perchè sempre in questi può ripetersi che non anco si eseguisce il delitto. Infatti suppongasi che per rapire una donzella i colpevoli s' introducano violentemente nella sua casa, chiudano a forza entro una stanza il servo che voleva trattenerli; leghino con funi la fantesca che correva ad acclamare per ajuto; siano attorno ad abbattere l' uscio della camera ove la donzella si è chiusa per sottrarsi alle loro mani: finquì non hanno *cominciato a rapire*, e dovrà dirsi secondo quella formula che non vi è ancora tentativo di ratto? È evidente che siffatta formula contiene

la confusione di due termini che sono distinti, cioè gli atti *esecutivi*, e gli atti *consumativi*. Non può aversi atto consumativo che non entri nella sfera di quelle operazioni con le quali direttamente si agisce sul soggetto passivo della consumazione: ma gli atti *esecutivi* sono pur sempre distinti dai *preparatorii*, ed in quelli può riconoscersi conato punibile. È ben vero che tutti coloro i quali esaminano la questione in faccia alla forma speciale con cui fu definito il conato dall'art.2 del codice di Francia vogliono essere nelle loro opinioni subordinati a quel dettato speciale, e perciò non possono le medesime prendersi come dettato generale scientifico. Infatti l'art. 2 di Francia non contempla nè il *tentativo* nè il *delitto mancato* delle scuole; ma una forma intermedia di sua creazione. Esso punisce il *tentativo che sia susseguito* da un principio di esecuzione. Con ciò ammette per necessità logica che siavi un tentativo manifestato con atti esterni *non susseguito* da principio di esecuzione, ma non lo vuole punito. Dunque se per regola assoluta non può aversi tentativo quando non si è cominciato ad *eseguire*, e l'art. 2 ammette che il *principio di esecuzione* sia un *quid facti* che può venire e può non venire dopo il tentativo già manifestato, è necessità concludere che la parola *esecuzione* nell'art. 2 esprime *consumazione*: ed allora in faccia a tale dettato ragiona benissimo chi nega di punire il conato quando non è incominciata la consumazione del delitto. Da quella specialità legislativa ne nasce che questo punto di dottrina può poco illuminarsi nel punto di vista scientifico dalla giurisprudenza di Francia; la quale d'altronde se più spesso nega di vedere il tentato furto nello ingresso, nella effrazione, e nello scalamento, non manca però anch'essa di fluttuanza. Si vedano i giudicati della Corte di Cassazione di Francia del 29 ottobre 1813; 29 aprile 1824; 28 luglio 1826; 26 decembre 1816; 11 giugno 1818; 23 settembre 1825; 4 ottobre 1827; 10 decembre 1842. Vedasi ancora 20 novembre 1835 e 18 novembre 1837.

§. 2240.

In ordine alle regole speciali per determinare cosa e quanto si volesse rubare nel caso di tentativo (1) già ne dissi abbastanza quando parlai (§. 2049 e segg.) del criterio desunto dal valore del tolto. Rimane soltanto che accenni una ulteriore conseguenza del dissidio relativo al momento consumativo del furto; e questa appella al *furto mancato*. Coloro che sostengono non essere consumato il furto finchè non è completata la *asportazione* della cosa al luogo destinato dal ladro, ammettono la possibilità del *delitto mancato* (2) nel furto. E lo ravvisano nel ladro sorpreso per via o sulle scale, a cui il proprietario abbia ritolto la roba. Noi invece che scorgiamo furto consumato nel momento della *amozione* con animo di appropriarsi, non crediamo che sia escogitabile la figura del delitto mancato nel furto.

(1) Nella giurisprudenza austriaca sembra che abbia prevalso appo i tribunali superiori la regola che quando trattasi di furto tentato in *luogo chiuso* si debba presumere che il ladro volesse rubare quel maggiore valore che *egli sapeva* esistere là dentro. Ma questa regola si vuole desumere da speciali disposizioni legislative di quello impero, come avvertì il dott. Marco Diena in una dissertazione consacrata a tale dubbio e inserita nella *Gazzetta dei Tribunali di Milano del* 1855, *n.* 120-121. Come principio scientifico assoluto non può ammettersi siffatta presunzione (specialmente al fine di spingere alla penalità del furto magno) se non si avvalora da circostanze di fatto. Posto però che la intenzione di prendere il *tutto* sia renduta costante non per tale presunzione, ma per sufficiente giustificazione dell'animo

desunta da circostanze, rimane allora a decidere se lo agente debba tenersi come responsabile di un *solo* furto *tentato* considerando quel *tutto* come una *quantitas juridica*, come volle qualche sottile Alemanno: oppure debba dirsi responsabile di *due furti*; l'uno consumato in quanto alle cose delle quali già si era impossessato allorchè fu sorpreso; e l'altro tentato rispetto alle cose che voleva prendere e ne fu impedito. E in questa seconda opinione sorgono i dubbi che esaminai nel mio discorso intitolato *Di un caso speciale di tentativo* nei miei *Opuscoli vol.* 2, *opusc.* 1. Poniamo la ipotesi che un ladro siasi introdotto nella casa altrui. Già ne ha sforzato gli usci. Già ha dato opera a violentare un mobile; già ne ha rotto la serratura e sta per porvi le mani quando è sorpreso. Là dentro trovavasi un anello di brillanti di gran valore e un borsellino con due napoleoni d'oro. Dovrà egli ritenersi che colui volesse rubare l'anello, e così imputargli un tentativo di furto magno; oppure che volesse rubare il borsellino, e così imputargli un tentativo di furto inferiore ai cinquanta franchi? Ciò influisce notabilmente sulla pena. Probabilmente in faccia alla verità il ladro non sapeva che là dentro vi fosse nè l'anello, nè il borsellino: giudicava che vi si contenessero dei valori e non prevedeva ancora cosa gli avrebbe posto sotto la mano la sua buona fortuna. Coslcchè a vero dire non si tratterà il più delle volte di decidere cosa avesse *divisato* colni di rubare; ma trattasi di congetturare *cosa avrebbe scelto* trovando colà quei due oggetti. Il codice Toscano in previsione di questo caso facilissimo ad incontrarsi nella pratica dettò l'art. 44, per il quale quando sia dubbio il fine dell'agente si deve presumere che il tentativo fosse diretto al danno minore. Questa provvidissima disposizione fu testè censurata. Si disse che come *ricordo di una massima dottrinale* era *inutile*, e come criterio di presunzione legale era *pericolosa*. Ma non è vero nè l'uno nè l'altro. Esistendo nei pratici una divergenza sovra un punto di dottrina è dovere nel legislatore di pronunciarsi per quella opinione che crede migliore. Ora essendosi da molti segnata la pre-

sunzione che il ladro voglia sempre rubare *quel più che può;* mentre da altri molti si è insegnato non doversi neppure pei ladri derogare la giustissima presunzione della minore *malvagità;* è utilissimo e niente pericoloso che la legge dichiari quale delle due presunzioni vuole che governi la pratica. Pericoloso invece sarebbe il tacere perchè esporrebbe allo sconcio scandaloso che un tribunale accogliesse la prima ed un altro la seconda di tali presunzioni, e forse una terza via; e così i cittadini fossero giudicati *ad imparia.* E dico una *terza via* poichè oltre al possibile che il giudice si creda obbligato dalle regole giurisprudenziali a presumere che il malfattore volesse rubare tutto quello che era nel cassetto evvi il caso (e ne ebbi la esperienza) che egli si creda obbligato ad *assolvere.* Infatti egli non può con sicura coscienza affermare che il ladro volesse rubare l'anello, o che volesse rubare i contanti, e concludendo che non gli costa nè dell'una nè dell'altra intenzione si condurrà sofisticamente a negare la certezza del tentativo sotto ambo le forme. Quel dettato legislativo chiarisce pertanto un punto di dottrina che potendo essere controverso ha bisogno di venire fissato ed evita i gravi pericoli di indebite assoluzioni e di fluttuanza nella giustizia.

(2) Il dubbio sulla possibilità del delitto mancato nel furto si esaminò anche dallo Jonge (*de delictis vol.* 2, *pag.* 330, 331) che lo risolvette per la negativa. Lacointa (*Revue critique vol.* 23, *pag.* 451) ne fece la ipotesi in colui che avendo preso il sacco poscia perchè colto dal proprietario mentre lo asportava lo gettì. E caso analogo immaginò Arabia *principii di diritto penale vol.* 3, *pag.* 301. Questa ipotesi si adatta alla dottrina francese per la quale il furto si consuma con la *sottrazione;* non per noi che si consuma con l'*amozione.*

§. 2241.

La regola generale da noi sostenuta che il tentativo debba sempre punirsi meno del consumato

delitto procede senza speciale difficoltà anche in tema di furto (1). Le serie difficoltà sorgono quando si tratta di valutare le aggravanti non ancora materialmente consumate: ma di questo arduo problema già parlammo a suo luogo senza pretendere di aver dettato una formula definitiva.

(1) Il furto rimasto semplicemente tentato si punì meno anche dalle leggi barbariche: *Lex Salica tit.* **27**, §§. 6 *et* 7 — *Lex Anglorum et Werinorum tit.* 7, §. 1 — *Lex Longobardica Rotharis* §. **263**; e fu, può dirsi, generale fra i pratici la dottrina della minorazione: Weittenau *consil.* 33, *n.* 40 — Leyser *meditationes in pandectas vol.* 8, *spec.* 74 — Puttmann *adversariorum vol.* **2**, *cap.* 23, *pag.* 176 — Menochio *de arbitrariis cas.* 360, *n.* 86 — Brunnemann *ad leg. 7 ff. ad leg. Cornel. de sicar.* È noto che i romani nel tentativo di furto non ravvisavano neppure il titolo di furto, ma quello d' ingiuria: *leg.* **21**, §. **7**, *ff. de furtis.* Tutto all' opposto procede il codice Francese del **1810**, perchè mentre ha stabilito per massima la non punibilità del tentativo nei delitti colpiti da pena correzionale lo vuole punito nel furto anche semplice, benchè questo reato appartenga secondo il suo linguaggio al novero dei delitti. E davvero era questa una necessità, perchè se poterono trascurare il tentativo di furto semplice i romani che trovavano la consumazione nella sola *amozione* non avrebbe potuto senza pericolo fare altrettanto il codice Francese che la trova solo nella *sottrazione.*

§. 2242.

Ma se noi accettiamo senza esitazione la regola che la sola amozione consumi il furto, crediamo però necessario avvertire che siffatta regola deve essere applicata con criterio tutto soggettivo: mi spiego.

Quando si faccia la ipotesi di più partecipi al furto io non veggo repugnanza nessuna che quel furto il quale si considererebbe come già consumato rispetto ad alcuni dei partecipi, si abbia invece come in corso di esecuzione rispetto ad altri partecipi. Suppongasi che alcuni malfattori si siano introdotti nello altrui e già abbiano recato in loro possesso le cose che vogliono appropriarsi. Se costoro sono a questo momento sorpresi non dubito che siano responsabili di furto consumato. Non furono sorpresi; ma invece sopraggiunsero a caso altri amici loro (e pongasi senza precedente concerto) e allettati dalla occasione concorsero con la opera propria. Se questi sopraggiunti hanno preso altri oggetti oltre quelli che già i primi hanno tolto, non vi è questione: i sopraggiunti sono debitori di furto consumato in quanto a tali oggetti. Il dubbio nasce se si suppone che il sacco fosse già fatto dai primi e che i sopraggiunti abbiano soltanto aiutato gli altri a portarlo fuori della casa. Allora si dirà che se i primi avevano già consumato il furto col mettere la roba nel sacco, i secondi sono sopraggiunti a delitto *già consumato:* che dunque è inammissibile il concetto di una complicità in faccia alla moderna scuola la quale in mancanza di previo accordo negasi a ravvisare complicità nei fatti sopravvenuti dopo la consumazione del maleficio: e così vorrassi concludere che nella opera malvagia dei sopraggiunti non può trovarsi che un *favoreggiamento.* Questa conclusione peraltro non si sosterrebbe nella pratica nostra; e ciò non è contraddittorio, precisamente perchè il momento della consumazione bisogna sempre giudicarlo sotto un punto di vista soggettivo ed individuale. I primi

avevano quanto a loro consumato furto, perchè già si erano impossessati della cosa altrui. Questa era peraltro una mera detenzione che non anco aveva spogliato il proprietario del possesso della cosa quantunque già violato per l' amozione. Finchè la roba restava entro la sua casa perdurava sempre il possesso di lui. La violazione di tale possesso commessa dai primi ladri mercè la apprensione aveva quanto a loro consumato il furto. Ma quella cosa restando tuttavia nell' ambito posseduto dal proprietario era sempre idoneo soggetto passivo di furto per parte dei secondi ladri. Laonde quando sopraggiunsero i secondi, e ponendo ancora essi la mano su quella roba se ne impossessarono, essi alla loro volta posero in essere un fatto che esauriva tutti i momenti consumativi di furto. La lesione del diritto di proprietà e di possesso (a differenza della lesione alla vita) è *reiterabile*. Non vi è dunque contradizione nessuna nello ammettere che la identica cosa dopo essere stata soggetto passivo di consumazione di furto rispetto ad un malfattore, possa essere (anche in un unico contesto di azione) soggetto passivo di furto rispetto ad un altro colpevole (1).

(1) Io vidi su questo proposito agitarsi in faccia al tribunale di Livorno pochi anni or sono acerrima disputa in una fattispecie alquanto diversa da quella che io pongo nel testo. Un operajo chiamato al lavoro in una casa aveva profittato della comodità a pravo fine. Aveva preso delle lingi; ne aveva fatto uno involto e lo aveva gettato dalla finestra postica in un campo dello stesso padrone. Poscia temendo di essere vigilato se n' era partito tranquillamente ed a mani vuote. Ma a notte inviò sul luogo il proprio fratello; e questi trovato tuttora lo involto colà se lo era preso e por-

tato via. Discoperto, allegavasi da costui la teorica del furto di cosa *smarrita*, ma inettamente. Con maggior calore si sosteneva che costui non fosse responsabile di complicità in furto, ma semplice favoreggiatore, perchè la sua opera era sopravvenuta a furto da lunga mano consumato. Se il primo fratello (dicevasi) lo punite per furto consumato non potete punire il secondo fratello come complice, poichè in questo furto non partecipò nè con la opera nè col consiglio. Esso non è che un ricettatore, o favoreggiatore come meglio vi piace. Fuvvi scissura vivissima fra i tre magistrati. La maggioranza si pronunziò per la *complicità:* anzi (ciò che è più forte) dichiarò la *correità*, e così venne a portare a carico del secondo fratello anche la qualità aggravante della tradita fiducia. Io non mi sarei sentito tranquillo in questa decisione specialmente nella seconda parte. Giusta i principii che espongo nel testo, il fratello del primo sottrattore non sarebbe stato che un mero *favoreggiatore* se lo involto (notisi bene) fosse stato gettato dal primo nel campo di *altro proprietario*. In tale ipotesi quelle lingi erano *definitivamente uscite dal possesso* del padrone: laonde sarebbe stato impossibile configurarvi il furto *proprio*. Ma si potè dire senza errore in quel caso non trattarsi di mero *favoreggiamento*, perchè le lingi rimaste sempre nell' ambito posseduto dal padrone erano tuttavia nel possesso suo. E bene: ammesso questo concetto giuridico (che era l' unico sul quale potesse sostenersi l' accusa) bisognava considerare l' ultimo sottrattore come autore di contrettazione dolosa per aver egli tolto la cosa altrui dall' altrui possesso: ma allora doveva punirsi per *il fatto suo*, e non come partecipe del fatto del fratello al quale non aveva menomamente partecipato. *Autore* di furto senza aggravante personale, perchè egli non era stato chiamato al lavoro in quella casa, doveva dirsi responsabile di furto semplice e non di furto qualificato. Così vi fu contradizione in quel giudicato: perchè quando si trattò di escludere il favoreggiamento si considerò colui come *autore* di furto; ma quando si trattò di determinare la pena, si considerò come

partecipe di un furto che già erasi consumato senza suo intervento nè cognizione.

§. 2243.

Ugualmente può accadere benissimo una differenza di titolo fra più partecipi in una ipotesi che vidi frequente in tema di furti campestri. Tizio e Cajo sono andati (senza previa consociazione diretta ad interesse comune) a raccogliere delle frutta nell' altrui. Tizio ha empito il suo paniere aiutato da Cajo e via se lo è portato. Cajo è rimasto ad empire il suo paniere, ma il proprietario lo ha sorpreso ed impedito. Tizio è debitore di furto consumato quanto al suo paniere, ma nel furto tentato da Cajo non è involto tutto al più che quando se ne provi la istigazione. Cajo sarà ausiliatore o correo (1) nel furto consumato da Tizio ed autore di furto tentato in quanto al secondo fatto. Il primo furto potrà avere qualifica dalla pluralità di persone: il secondo furto tentato non avrà tale qualifica, ma potrà avere invece o quella del tempo notturno se è sopraggiunto, o quello della violenza se Cajo resistè al proprietario. E questi cenni bastino per siffatte combinazioni.

(1) Nello studio dei pratici ferisce la mente la divergenza loro intorno a definire il momento in cui si stacca l' ausilio dalla correità. Spesso la medesima circostanza trovasi da uno scrittore valutata come costituente mero *ausilio* (o *complicità* in senso stretto) e da un altro valutata come costitutiva di *correità* (o *società* in senso largo) senza un criterio netto determinante. Per esempio l' Hommel (*Rhapsodiae vol.* **2**, *observat.* **296**) mentre considera come *correo* chi eseguì la effrazione dell' uscio donde gli altri s' intro-

dussero a rubare, disserta per dimostrare non esser correo colui che stando al di fuori della casa riceve dalla mano del compagno introdottosi in quella la roba che esso gli porge dalla finestra. Forse in questa forma speciale si considerò che l' opera di chi riceveva dal di fuori interveniva dopochè la amozione era già *consumata;* ma non si avvertì al concerto precedente. Per me il solo criterio possibile anche in tema di furto per discernere la correità dall' ausilio trovasi nella distinzione tra atti *esecutivi* e atti *consumativi.* Chi interviene nei momenti in cui si consuma la sottrazione, qualunque sia la parte che egli vi prende, è *correo.* Chi interviene precedentemente è mero *complice.* Potrà in certi casi parificarsi nella pena il complice all' autore, specialmente se necessario: ma la nozionalità più sicura e più vera ontologicamente è questa. Sappiamo però che ne deviano tutti coloro i quali vogliono considerare come autore del delitto il mandante; e così ne devia il codice Toscano: laonde la Corte di Cassazione (*Annali Toscani XIX*, 1, 533) potè decidere benissimo che chi istigava un servo a rubare al padrone una qualche cosa e portarla a lui era un *coautore* del delitto; e nel linguaggio del codice Toscano doveva dirsi così. Si fece in materia di furto da moltissimi fra i vecchi pratici, e si ripetè anche modernamente in Francia la questione intorno a coloro che stanno vigilando allo esterno di una casa mentre gli altri compagni nello interno della medesima consumano il furto. Certamente nello stretto senso ontologico quelli non sono *coautori*, perchè non portarono la mano sulla cosa altrui. Ma potrà egli dubitarsi che siano *correi* e tutti ugualmente responsabili con gli autori? Malgrado l' accidentalità delle parti che si sono distribuite tutti hanno esercitato efficacemente e dolosamente l' azione propria nel momento in cui consumavasi il furto: tanto vale si aiuti a porre la roba nel sacco, tanto vale si faccia più sicuro, col guardargli le spalle e salvarlo da una sorpresa, il compagno che sta ponendo nel sacco la roba per interesse comune.

§. 2244.

È principio costante che non si ammette complicità pel *solo concorso nell' azione* senza *concorso nella volontà;* di qui la necessità che nessuno possa punirsi come complice se non è provata a suo carico la *scienza* della criminosità del fatto principale. Nessun dubbio su questa proposizione generica: ma il dubbio nasce intorno a determinare se tale scienza debba essere *specifica;* e simile questione ha più frequente importanza nel furto che in altri reati. Il problema della scienza *specifica* può cadere o sul *fatto principale* o sulle *sue circostanze.* Sul fatto principale il dubbio non colpisce già la *criminosità sostanziale* dell' atto (che in ciò è necessaria la scienza specifica) ma la individualità del fatto stesso. Ora come al complice di omicidio non vale lo allegare che somministrò dolosamente le armi o il veleno credendo si volesse uccidere *Piero* e non *Carlo,* e così che essendo stato ucciso *Carlo* egli non concorse con volontà a questo omicidio; così nel furto non varrà lo allegare che si fabbricò la chiave falsa o la scala per ausiliare il furto a danno di Cajo, e non il furto che fu commesso a danno di Mevio. Come nel primo reato il titolo è di *omicidio* e non di *Piericidio,* o *Carlicidio,* così nel furto il reato consiste nel prendere lo *altrui,* e quando la *scienza* cade su tale condizione, essa è specificata bastantemente.

§. 2245.

Ma se la questione si porta sulle circostanze *aggravanti,* la scienza del complice deve essere mo-

strata specifica intorno a ciascuna di loro. Colui che abbia ad altri somministrato il veleno credendo se ne valesse ad avvelenare un estraneo non è responsabile della aggravante del parricidio che l'autore abbia con quel veleno consumato. Così colui che somministrò strumenti idonei a scalar muri o rompere usci sapendo in genere che dovevano servire a commetter furti, io non credo possa tenersi partecipe di furto sacrilego se gli autori ad insaputa di lui si valsero di quelli strumenti ad invadere una chiesa. La stessa soluzione a più forti termini crederei si dovesse dare se si trattasse di circostanza non inerente al soggetto passivo del furto, ma ad altri nuovi fatti concomitanti, come per esempio la *violenza.* Non ammetterei peraltro identica soluzione per ciò che attiene alla quantità del tolto: non ammetterei la deduzione di quell' ausiliatore che dicesse io credeva si volesse rubare novanta lire, e non già cinquemila come furono contro le mie previsioni sottratte. Questo facile pretesto esiterei ad ammetterlo, perchè chi ajuta scientemente ad un furto ajuta *indeterminatamente* a quella sottrazione di più o di meno che verrà fatto agli autori principali di consumare: onde vale la regola *dolus indeterminatus determinatur ab exitu.*

§. 2246.

Questa ultima soluzione può congiungersi con la teorica generale relativa allo eccesso, per la quale mentre non si comunica al complice lo eccesso nei *mezzi* si comunica sempre lo eccesso nel *fine.* Per analogia può dirsi che quando si è rubato mille

invece di cento, o a danno di Tizio in luogo di Cajo, vi è stato eccesso nel mero risultamento senza mutazione di mezzi. Quando invece si è usata per commettere il furto la violenza o la effrazione (1) alla insaputa del complice, lo aggravamento del titolo nascendo da un fatto distinto non compreso come possibilità prevedibile nel fine concordato, non se ne può estendere lo addebito al partecipe che non ne ebbe cognizione specifica.

(1) Lo stesso può dirsi anche in ordine a quelle aggravanti derivate da qualità *personali* che sono *comunicabili*, come la domesticità (Fabro Joann. *in Instit. lib.* 4, *tit.* 18, *pag.* 631) quando abbia servito di mezzo al furto. Suppongasi che il complice ignorasse che chi lo invitava ad ajutarlo a rubare era impiegato come domestico in quella casa, e la regola della comunicazione dovrà cessare per difetto di scienza.

§. 2247.

La idea della solidarietà nel delitto condusse alcuni a stabilire una corresponsabilità indefinita fra i partecipi di un reato, e così fu un argomento convergente con quello dell' asserta individuità del titolo onde render comuni a tutti i partecipi di un furto le circostanze aggravanti che ricorressero, o nella persona di un solo di loro, o nella azione di un solo. Di qui la regola che incorressero la pena del furto violento anche quei ladri che non avevano cooperato alla violenza: Leyser *meditationes in pandectas specim. 536, medit. 14.* Ma dove anche si ammette in genere codesto principio, che parve accolto dai romani, rimane però sempre grave questione se a comunicare la responsabilità delle ag-

gravanti anche a chi ne sarebbe personalmente immune, occorra almeno che questi avesse la *scienza* di ciò che facevasi dai suoi compagni. Sappiamo pur troppo che fra i criminalisti francesi prevale il duro pensiero che tale *scienza* non sia necessaria. Finchè questa massima s' insegna là come deduzione del testo positivo di quel codice e della discretiva posta innanzi dal suo art. 62, dovrassi chinare la fronte. Ma quando vediamo alcuni scrittori anche modernissimi (Voisin *de la complicité pag. 61)* insegnare come dottrina romana e come verità razionale la negazione della scusa desunta dalla *ignoranza di fatto,* noi deploriamo cotesti insegnamenti come frutti di un ossequio esagerato. L' *errore di fatto* che influisce sulla sostanzialità della colpa vale a toglierne la responsabilità morale per un principio che nessun moralista disconobbe giammai. La responsabilità dei suoi atti grava l'uomo in ragione della sua volontà, nè può volersi ciò che non si conosce. Se lo errore cade su tutta la criminalità si rispetta questo supremo vero, e si dichiara chi fu causa dell' evento non esser mai punibile in ragione di dolo. Se invece lo errore cade sopra *una parte della criminalità* dell' atto si vuole insegnare altrimenti: e perchè? L' uomo in questo caso *volle delinquere,* e così si espose a tutte le eventuali modificazioni che il fatto criminoso poteva presentare nel suo svolgimento: o abbia egli saputo, o non saputo tali modificazioni, egli poteva prevederle; e ciò basta per ritenere che ei le abbia volute. Ecco tutta la somma dell' argomentazione per cui mentre si ammette la ignoranza di fatto come buona scusa al delitto principale, si pretende negarle ogni valore

quando cade sulle aggravanti del reato. Con ciò si adegua la possibilità della previsione alla previsione attuale per poscia adeguarla alla volizione, e la delinquenza si converte in una lotteria dove si giuoca la testa. Ciò parrà meno repugnante quando anche *il di più* risale come a sua causa alla *mano* del giudicabile, sul quale cadendo indubitata la responsabilità materiale trattasi soltanto di farvi accedere la responsabilità morale. Ma quando la *causa materiale* dell' aggravante non fu Cajo ma un terzo, il fatto di questo terzo non congiunto alla persona di Cajo per un nesso materiale bisogna che a lei si ricongiunga per un nesso morale *positivo*. Bisogna tutto al più poter dire *lo conobbe*, dunque *presumo che lo volesse:* ma non può dirsi davvero lo *potè prevedere*, dunque presumo che lo conoscesse; per poi soggiungere *presumo che lo volesse*. Questo è un coacervo di presunzioni che repugna alla buona logica, ed alla retta giustizia. Pesino dunque le circostanze *materiali* che accompagnarono il furto su tutti i correi ed anche su coloro che alle medesime non cooperarono; e così la qualifica dell'arme brandita da uno aggravi il furto per tutti i compagni quantunque inermi *(Annali Toscani XIII, 1, 842)* e gli atti violenti aggravino il furto anche per coloro che violenza non usarono *(Annali Toscani XIV, 1, 166-167)*. Ma ciò sia sempre subordinato alla condizione della *scienza*, senza la quale è repugnante affermare quella *tacita adesione* che vuolsi equiparare alla adesione espressa ed al fatto *(Annali Toscani XIV, 1, 816-817)*. Fu dunque inspirato non da sola umanità, ma da sapiente giustizia l'articolo 105 del codice Sardo Napoletano il quale dispose

non doversi comnnicare ai complici neppure le circostanze materiali onde si aggrava il malefizio se quelli non ne ebbero *scienza al momento in cui agirono* (1).

(1) Fu rigida conservatrice di questa provvida legge la Corte di Cassazione di Napoli quando col suo decreto del 26 maggio 1865 stabilì doversi in ordine a tutti i complici che non risultino partecipatori materiali in quelle circostanze, porre per ciascuno di loro una questione speciale sulla respettiva scienza delle medesime. Ad uguali principii s' inspirano i migliori codici contemporanei ed il §. 186 del codice Austriaco, sul quale è a vedersi la dissertazione del consigliere dottor Giuseppe Kitka riprodotta nell' *Eco dei Tribunali anno* 1859, *n.* 883: ne deviò peraltro il codice Sardo e la relativa giurisprudenza, sul che è da vedersi la dissertazione dell' avv. Cesare Ottolenghi nel giornale di Torino *La Legge anno* 1862, *n.* 55. L' errore intollerabile di rendere tutti i partecipi in un furto corresponsabili di una grave lesione recata da un solo di loro al derubato ancorchè tali partecipi non abbiano cooperato a siffatta lesione, ed ancorchè non risulti che nel precedente concetto fosse prevista e voluta la lesione medesima, si prese a combattere anche dallo illustre Geyer in una apposita dissertazione inserita nell' *Eco dei Tribunali al n.* 1360.

§. 2248.

Può sorgere nn dubbio intorno alla cronologia di siffatta scienza nella ipotesi di un favoreggiamento che per essere stato *precedentemente promesso* costituisca (§. 476) ausilio nel furto. Già sappiamo che il vero e proprio favoreggiamento consistente nel fatto di un terzo che dopo la consumazione di un reato soccorra all' autore del medesimo ad agevolarne la fuga, o a nascondere i corpi del delit-

to (1) o le traccie del medesimo, non si considera più dalla scuola moderna come un fatto di ausilio, ma come un reato *sui generis* che ha per suo obiettivo distinto la pubblica giustizia. Ma sappiamo altresì che quando tali favori siano stati dal terzo promessi all' autore del reato precedentemente alla sua esecuzione, rivestono i caratteri di vera e propria complicità per lo impulso che la certezza di ottenerli ha dato alla determinazione criminosa dell' autore principale. Anzi più esattamente può dirsi che il fatto costitutivo della complicità è nella *promessa* dei favori, piuttostochè nella *prestazione* dei medesimi; perchè non è complice chi li prestò senza averli promessi innanzi, ed è complice chi antecedentemente li promise sebbene poscia mancando alla data parola non li prestasse altrimenti. Or bene: può avvenire che i favori si promettessero al ladro prima del furto da chi *non sapeva nè prevedeva* le aggravanti dalle quali sarebbe accompagnato il furto: e che posteriormente i favori si siano prestati *dopo acquistata la cognizione* delle aggravanti dalle quali venne accompagnato il furto. In tale ipotesi può domandarsi se la scienza posteriore al furto ma concomitante al prestato favoreggiamento basti ad involvere nella responsabilità di quelle aggravanti. Ed è evidente che no: precisamente perchè il fatto costitutivo di complicità non è *il favore che si prestò* con scienza delle aggravanti; ma la *promessa* che diedesi senza tale scienza (2). Notato ciò, quanto altro appartiene al favoreggiamento considerato come delitto di per sè stante non richiamasi a questo luogo ma alla esposizione dei reati *contro la pubblica giustizia.*

(1) Tanto nel caso in cui la ricettazione costituisca complicità per la precedente promessa, quanto nel caso in cui si guardi come reato di per sè stante o come favoreggiamento, nasce dubbio se al fine di tenere responsabile il ricettatore occorre che abbia nascosto la specie rubata, o se a ciò basti che abbia ricettato il *denaro* in cui il ladro convertì la cosa furtiva. Nella prima ipotesi il dubbio non può esser serio, perchè la complicità sta nel promettere e non nel ricettare. Nel favoreggiamento neppure, perchè anche il nascondere il denaro retratto dal furto è un' assicurarne il criminoso profitto: il dubbio grave stringesi dunque nel caso in cui si obietti la *ricettazione come tale*, perchè manca il materiale della recezione della cosa viziosa. Ma la Suprema Corte di Giustizia in Vienna il 30 maggio 1855 giudicò che a termini del codice Austriaco alla recezione delle specie equivalesse la recezione del denaro in cui si erano convertite dal ladro.

(2) Professo senza esitazione questa dottrina quantunque in Francia si sostenga il contrario, e indistintamente si equipari la scienza sopravvenuta dopo il ricevimento alla scienza anteriore e concomitante: Blanche *Deuxième etude, n.* 154, *pag.* 255. Dicesi che se non vi fu la piena colpevolezza nel momento del promettere e del ricevere, la piena colpevolezza intervenne nel successivo *ritenere* dopo acquistata la scienza. Ma troppa diversità intercede fra lo aderire prima che il delitto sia commesso, ed in tal guisa esserne *causa*, e lo aderire dopochè il delitto ormai fu commesso. In Francia può insegnarsi così perchè indistintamente si ravvisa complicità nel ricevere posteriormente anche senza previa promessa. Ma dove il momento costitutivo di complicità si trova nella *promessa*, e non nella *esecuzione* della medesima, la scienza bisogna trovarla completa nel momento in cui si diviene complici cioè nel momento della promessa. Il grande argomento della contraria opinione francese sta in questo: la legge punisce chi *nasconde scientemente*, e non chi *riceve*

scientemente: colui che ricevette senza scienza ma poi ritenne con scienza, col ritenere nasconde scientemente.

§. 2249.

Dalla ipotesi anteposta scorgesi chiaro che noi ravvisiamo anche nel furto elemento bastevole di complicità nel solo consiglio, ed in genere in ogni *concorso morale:* e difatti questa sembra non essere più questione oggidì. Disputossi in faccia al diritto romano se nel furto si potesse divenir complici col mero *consiglio* senza aver dato aiuto *materiale* al ladro: e sono note le controversie degl' interpetri sulla intelligenza della *l. 53,* §. *2, ff. de verborum significatione,* e della *l. 50,* §. *1, ff. de furtis,* e del §. *12 Instit. de obligationibus quae ex delicto nascuntur* (1), relative a determinare se l' *ope* e il *consilio* si designassero in quei frammenti come estremi copulativamente richiesti, in quanto occorresse avere al tempo stesso aiutato il ladro, ed avere ciò fatto *consilio,* cioè dolosamente: oppure dovessero guardarsi come condizioni *alternative,* cosicchè coi soli consigli ed istruzioni date al ladro si divenisse passibili della *actio furti.* Oggidì non si fa questione su ciò; ed il concorso morale costituisce indistintamente complicità anche nel furto; e la costituisce ancorchè lo istigatore oltre al non avere materialmente ajutato il ladro non abbia neppure avuto nessuno interesse pecuniario nel furto e nessuna partecipazione nel lucro. L' animo di locupletazione non è necessario che concorra in tutti i partecipanti rapporto a *loro medesimi.* Inutilmente colui che in precedenza pattuì di comprare la cosa

dopo che fosse rubata allegherebbe di averla comprata a giusto prezzo, e così di non avere niente lucrato. Una soddisfazione morale deve essersi da lui avuta in vista poichè si è scientemente involuto in un delitto e con la promessa gli ha dato impulso: e ciò basta al suo dolo (2).

(1) Vedasi Merillo *observationum lib.* 2, *observ.* 39 — Costa *in instituta in* §. 11, *de obligationibus quae ex delicto nascuntur* — Bachovio *ad Treutlerum vol.* 2, *pars* 2, *disp.* 30, *thes.* 3, *lit. d, pag.* 1087 — Brissonio *de formulis* 5, 25 — Schultingio *jur. antejust. ad sent. Pauli lib.* 2, 31, §. 10, *not.* 37 — Bynkershoek *observationum juris romani lib.* 1, *observ.* 10 — Arumaeus *disputationes disput.* 24, *thes.* 3, *pag.* 396. Ma pare alla mia tenuità che le difficoltà di quei frammenti non meritassero così severe lucubrazioni, poichè a me pare di scorgervi limpidissima la recognizione dei principii cardinali del giure punitivo. Non si può essere complici di furto *ope nisi et consilio*, perchè non basta avere aiutato se non si è fatto col proposito di aiutare: non si può essere complici *consilio nisi et ope*, perchè non basta il consiglio se difatto questo non recò aiuto od impulso al delitto. Ma da queste regole mal può trarsi argomento per sostenere che chi instiga al furto senza prendervi parte quando esso avvenga per effetto del suo consiglio non debba risponderne come complice. E inutilmente si allegherebbe in contrario la *l.* 6, *ff. de condict. furtiva*, sulla quale può vedersi il caso speciale ricordato dal Leyser *meditat. ad Pandect. spec.* 149, *med.* 3. Questa legge nega che al proprietario competa la *condictio furtiva* contro colui che istigò al furto senza prendervi parte: e bene a ragione perchè sappiamo che la *condictio furtiva* si dà soltanto *contro l' autore del furto e i suoi eredi.* Laonde la mera istigazione non poteva render passibili di quella azione speciale. Ciò però non esclude che la istiga-

zione rendesse passibili della *actio furti* esperibile contro chiunque avesse coadiuvato il ladro o col consiglio o con la opera: Schultingio *theses controversae decas* 45, §. 6 — Perrenonio *animadvers.* 1, 21; *in Thes. Otton. tom.* 1, *pag.* 618 — Noodt *comment. ad Pandect. in tit. de condict. furt. versic. interea observandum* — Hube *de furtis doctrina ex jure romano pag.* 100 *ad* 103.

(2) La *l.* 54, §. 1, *ff. de furtis* proclama esser *lucro* sufficiente anche quello di procurarsi la benemerenza altrui, *nec movere quem debet, quasi nihil sui lucri gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi adquirere.* Analoga è la *l.* 52, §. 13, *ff. de furtis* ove si pone il caso di chi col percuotere sulla mano di altri ne faccia cadere a terra il denaro ivi tenuto, affinchè un terzo possa raccoglierlo; e questo è quello che i giuristi alemanni chiamarono *lucrum indirectum:* Leyser *meditat. ad Pandect. spec.* 537, *medit.* 27. La Suprema Corte di Vienna col decreto del 27 settembre 1858 n. 10,993 (*Eco dei Tribunali n* 913) ritenne partecipe del furto chi aiutava altri a rubare per mera animosità contro il proprietario. La stessa Corte coi decreti del 21 maggio 1851, e 24 marzo 1852 dichiarò pure partecipe di furto il servo che aveva aiutato il padrone a rubare un cane destinato al servizio esclusivo del padrone stesso, consistendo il lucro del domestico nei vantaggi personali che sperava ottenere dalla gratitudine del padrone. Sta bene che l'animo *lucri faciendi* richiesto da Paolo nella *l.* 1, §. 3, *ff. de furtis* debba con Pothier intendersi come contrapposto all'animo semplicemente diretto a recare un nocumento al proprietario, descritto da Pomponio alla *l.* 41, §. 1, *ff. ad leg. Aquil.;* e che per conseguenza di qualunque specie sia il vantaggio che sperasi dalla contrettazione della cosa altrui, sempre ricorra il *furto;* ed invece sempre ricorra il *danno dato* quando si agì per fine di vendetta senza nessuna veduta di utile proprio. Ma non per questo può dirsi esatta la formula assunta da taluno che ad avere il furto sia necessario pren

dere con l' animo *rem sibi habendi*. Il lucro sorto a profitto di alcuno dei partecipi informa tutto il fatto, e gli dà il titolo di furto anche rispetto a coloro che vi partecipano senza nessuna idea di godere della cosa sottratta ma con la sola veduta di procurarsi un altro vantaggio qualsiasi.

§. 2250.

Questa ultima proposizione sembrò a taluno si fosse disapprovata dalla Suprema Corte di Cassazione di Firenze nel suo decreto del 4 decembre 1858 (*Annali Toscani XX, 1, 892*) nei motivi della quale invero appariva venisse detto *non potersi dichiarare complice di un furto per istigazione chi non ha partecipato nel lucro*. Ma io che fui uno dei difensori in quella celebre causa, conosco bene che il motivo di cassare fu la perplessità della prima sentenza fatta malissimo e confusamente: la *Bairevita* autrice principale di quel furto non aveva avuto essa medesima l'animo di lucrare, ma d' indennizzarsi per tre figli che il seduttore (a danno del quale sottraeva gli oggetti) le lasciava alle spalle. Subentrava così il titolo di ragion fattasi a quello di furto, per le più note regole della giurisprudenza toscana. Ed allora per ricondurre il fatto sotto il titolo di furto a carico degli istigatori della ragazza bisognava che l' animo di lucrare fosse reso costante almeno in loro. Ciò non si leggeva nella sentenza; e così il titolo di furto mancava di un elemento tanto rapporto all'autrice principale quanto ai suoi complici. Era dunque necessità cassare. Ma nel distendere i motivi di quel decreto io non credo davvero che il dottissimo relatore volesse insegnare

la massima che *niuno possa esser complice di furto senza un lucro suo proprio,* quando il fine di lucro è nell' autore principale; quantunque i compilatori degli *Annali* nel sommario premesso a quel decreto glielo abbiano voluto far dire. In tutti i delitti la essenza dei quali consiste in un determinato *fine speciale,* basta che simile *fine* ricorra in uno degli agenti al quale gli altri o col consiglio o con l'opera coadiuvarono, quantunque in questi non ricorresse un fine uguale ma un altro tutto diverso. Tizio vuol rapire una donzella per fine di libidine; ecco il ratto: ma egli si è fatto ajutare da Cajo mediante una mercede: Sempronio volendo rubare si fece ajutare da Cajo che si prestò senza lucro, e per animo di vendetta contro il proprietario: Mevio per infamare un nemico compone un libello e lo fa divulgare da Cajo dandogli un premio. Cajo è tradotto come complice di ratto, come complice di furto, come complice di libello famoso; ma egli non si sgomenta, e risponde non esser complice di ratto perchè non agì a sfogo di propria libidine; non esser complice di furto perchè non ebbe l' animo di lucrare; non esser complice di libello famoso perchè non ebbe l'animo d' infamare. Potrà egli ammettersi mai cotesto sistema! La regola direttrice di tali casi non può essere che una: il *fine speciale* che dà la essenza al reato e ne determina la nozione, basta che ricorra in uno dei partecipi perchè gli altri (se ne ebbero scienza e lo coadiuvarono a conseguirlo) siano corresponsabili dello identico titolo. Non può obiettarsi che in tal guisa la intenzione di un agente si comunichi all'altro a dispetto della contraria regola: anche chi non ha il fine di raggiungere *per*

sè stesso ciò che costituisce la nozione del reato, sa però che il compagno vuol raggiungere cotesto fine, ed ha così egli medesimo la intenzione di coadiuvare a quel fine. Il fine è altrui, ma la intenzione di procurarne (a sè o ad altri) il conseguimento è sempre individuale (1).

(1) Queste verità si confortano ancora dai monumenti della pratica toscana: *Annali Toscani XX*, 1, 647. Fuvvi tra i dottori chi considerò come circostanza diminuente pel complice la non partecipazione al lucro: Leyser *meditationes in Pandectas spec.* 537, *meditat.* 26. Questa opinione molto estesa fra i giuristi alemanni ha probabilmente origine dalla Costituzione Elettorale Sassonica (*pars* 4, *const.* 59) la quale dispose che gli *excubiatores* (coloro che facevano guardia mentre i compagni rubavano) non fossero puniti di morte se non avevano partecipato nel lucro almeno per cinque soldi. Di qui nacque una dottrina eclettica sulla questione se il complice del furto dovesse o no parificarsi nella pena all' autor principale; la quale dottrina distinse secondo il lucro, parificando il complice che vi aveva partecipato e punendolo meno se non aveva lucrato: Hommel *Rhapsodiae vol.* 2, *observ.* 296, *pag.* 116. Anche in Germania per altro accettossi senza distinzione da molti la minore punibilità del complice nel furto: Harpprecht *decis.* 6, *n.* 9.

§. 2251.

Se peraltro (come bene ha osservato Jordao nella sua prefazione al progetto di codice Portoghese) non è oggimai più controverso che il favoreggiatore del ladro non si renda complice del furto per quanto eseguì dopo la consumazione del reato, quando non ne avesse data precedentemente promessa, evvi tuttora e nella scienza e nei codici una

forma speciale che porge argomento di controversia; e questa è la *ricettazione dolosa di cose furtive* (1) nella quale gli antichi ravvisavano senza esitazione un fatto di complicità, mentre i moderni (creata la nozione del favoreggiamento) si sono divisi in due schiere. Alcuni noverano tra i favoreggiamenti tanto il nascondimento quanto la compra dolosa delle cose rubate: altri invece nella *compra dolosa* vogliono ravvisare se non i caratteri veri e propri di una complicità, una *continuazione* del delitto di furto, per la duplice ragione che il compratore doloso fa un atto offensivo al diritto di proprietà, e mira a locupletare sè stesso e niente affatto a ledere la pubblica giustizia. Ma su questo punto già esposi diffusamente il pensiero mio nello apposito *discorso* sulla *ricettazione di cose furtive* (*opuscoli vol. 1, opusc. 3*) ed al §. 480: nè voglio a questo luogo ripetermi. Io persisto nella opinione che in quello scritto propugnai malgrado i dissenzienti. La oggettività del reato di compra dolosa di cose furtive non è la pubblica giustizia, ma il diritto di proprietà.

(1) La dottrina della quale io mi feci propugnatore fra le due contradicentisi non è *eclettica*, lo che significherebbe combinatrice dello due opposte: ma è propriamente una terza formula tutta *difforme* dalle altre due. Gli uni dicono che il ricettatore di cose furtive è un *complice* del furto: io lo nego perchè repugna una complicità che non fu *causa* del malefizio. Gli altri dicono il ricettatore è un *favoreggiatore*: io lo nego nel compratore doloso perchè *non ha l' animo di offendere la giustizia*, ma di arricchirsi con l'altrui. Io dico col Bartolo *videtur furari* perchè ha l' *animo di ledere* l' altrui proprietà, e realmente nel fatto *lede*

la proprietà perseverante tuttavia nel padrone, per trasferirla in sè stesso; e ne concludo che costui è un *continuatore* del furto: e questa figura dei *continuatori*, tutta distinta da quella dei complici e dei favoreggiatori, a me sembra altrettanto vera in punto giuridico quanto conveniente a stabilirsi in punto politico. Vedasi anche la nota a §. 2858. Del resto oltre la questione principale sulla più vera figura giuridica dei ricettatori di cose furtive, questa materia presentò argomento di altre eleganti questioni. A modo di esempio si disputò se una ricettazione successiva fatta per diversi tempi e per diversi contratti di oggetti distinti ma provenienti da un solo compendio furtivo dovesse costituire *più delitti*, o un delitto solo: Blanche *Deuxième etude n.* 145. Si disputò se dovesse ammettersi *ricettazione di ricettazione* in quanto si fosse scientemente comprata la cosa furtiva non dal ladro, ma da un ricettatore (Blanche *Deuxième etude n.* 149) e qui viene in scena quella regola che con formula generale vorrebbe negare la complicità di complicità. Si disputò se a punire il ricettatore occorresse mostrare che egli avesse fatto un ingiusto guadagno: Blanche *Deuxième etude n.* 148. S'insegnò doversi distinguere (e non senza fondamento) fra ricettatore *accidentale* e ricettatore *abituale* di cose furtive: e tale distinzione piacque al codice Toscano art. 417. I ricettatori *abituali* con una formula espressiva del nostro volgo si dicono *camposanti:* e veramente sono perniciosissimi perchè facendo mestiere di negoziare in cose furtive vengono presto ricchissimi con malo esempio altrui, ed incoraggiscono al furto per la facile occasione di smercio. Si può dire che il ricettatore di mestiero ha fatto in precedenza una *promessa generale* a tutti i ladri futuri di favorirli quando riescano a rubare qualche cosa. Singolare fu il giudicato che dovette correggersi dalla Corte di Cassazione di Milano nel decreto del 19 decembre 1864, e che volea nientemeno s' infliggessero al ladro due pene, l' una in quanto aveva rubato, e l' altra in quanto aveva poscia nascosto le cose rubate. La dottrina che i ri-

cettatori di cose furtive fossero veri *complici* si volle appoggiare sulla *l.* 14, *C. de furtis* (Wernher *observationum, vol.* 4, *pars* 6, *observ.* 269 — Menckenio *systema juris civilis secundum Pandectas lib.* 47, *tit.* 2, §. 12) e sostenere con l' autorità della legge dei Visigoti che risale al secolo quinto, e coi diritti consuetudinarii di Francia; e fu comunemente accolta dai vecchi pratici: Basilico *decis.* 40 — Panimolle *decis.* 103; quantunque assai presto ne dubitassero gli Alemanni, come si ha dal Grantzio *de defensione reorum pag.* 527, *n.* 145 *et* 146. Strano è l' argomento col quale recentemente Voisin (*de la complicité pag.* 78) credette dimostrare la vera complicità nel ricettatore. Se (disse egli) si nasconde la cosa furtiva pel fine di salvare il ladro dalle mani della giustizia, si è complici del ladro; ed in tal guisa pretendendo trovare lo elemento della complicità nel fine di eludere la giustizia, capovolge le nozioni fondamentali, e attribuisce alla complicità un criterio di rapporto *personale* e non più un criterio di rapporto *reale,* come universalmente s' insegna. In quanto ai ricettatori della *persona* dei ladri par certo che il primo concetto di ravvisare in cotesto fatto un delitto *sui generis* risalga alla *l.* 1, *ff. de receptatoribus* e *l.* 1, *C. de his qui latrones,* e s' introducesse specialmente ad occasione dei ladroni di strada, contro i quali fu stabilito un giudizio straordinario. È notabile un capitolare di Carlo-Magno, ove a punire questi ricettatori si dichiarò necessario che avessero ricoverato i ladri almeno per sette notti: Ottone *de tutela viarum pag.* 541. Anche in questi si volle trovare una forma di complicità: Maisonneuve *exposé de droit pénal pag.* 102. Ma i ricettatori abituali di malfattori bisogna considerarli come colpevoli di un delitto di per sè stante. Farne dei complici è un errore grossolano — 1.° Perchè sotto il punto di vista della complicità sarebbe futile richiederne come estremo l' *abitudine* — 2.° Perchè non potrebbero per tal guisa punirsi se non quando i malandrini avessero consumato il delitto — 3.° Perchè la loro imputabi-

lità diventerebbe variabile secondo la varietà dei delitti commessi dai malfattori ricoverati.

§. 2252.

Evvi parimente un' altra forma speciale di favore dopo il delitto, la quale merita osservazioni, ed è quella che corre nei pratici sotto il nome di *contrettazione*. I *contrettatori* di cose furtive sono in sostanza ricettatori, i quali hanno questa specialità di avere ricevuto scientemente all' estero le cose rubate all' estero e di averle importate nel nostro paese per farne spaccio tra noi. Anche quando perdurava la opinione che i ricettatori dolosi fossero complici si dubitò che non potesse procedersi a punizione contro coloro che avevano ricettato il prodotto di furti commessi all' estero, perchè perdurando altresì la opinione che la giustizia punitiva non potesse avere forza estraterritoriale (1) se ne deduceva non potersi giudicare dei complici di un furto da chi gli autori principali di quello non era competente a giudicare. Laonde avvertendo che la importazione di quelle cose furtive recava pericolo al commercio nazionale, per la facilità che i cittadini nostri acquirenti a buona fede di quelle cose se le vedessero rivendicate dai proprietari, si creò una forma di reato *sui generis* la quale chiamossi *contrettazione;* ed avverso questa si minacciarono apposite pene. Siffatto reato non si punì come offesa alla pubblica giustizia, perchè si credeva che la giustizia nostra non avesse nè interesse nè diritto a perseguitare il reato principale che veniva per quella guisa favoreggiato: non si punì come offesa alla pro-

prietà, perchè la proprietà estera si ritenne al di fuori della nostra difesa sociale. Se ne trovò l' obiettivo nella sicurezza dei nostri commerci, sicchè fu veramente un delitto *sui generis* (2) in tutta la estensione del termine. Oggidì se i progressi della scienza allargano le competenze della giustizia punitiva non vi sarà più bisogno di questo titolo eccezionale.

(1) Alcune pratiche avevano peraltro introdotto il principio che quando il furto era commesso in un paese e la roba contrettata in un altro paese ambedue le giurisdizioni fossero competenti a punire: Phoebo *decisiones lusitanae, decisio* 215, *n.* 13. Pare eziandio che in tema di furti si fosse allargato il principio della estraterritorialità del giure penale. Il Verri alla Costituzione di Milano (*pag.* 277) nota due giudicati del 1600 i quali ad un nazionale che aveva rubato all' estero applicarono la pena minacciata dallo Statuto nazionale, quantunque la pena del luogo dove era stato commesso il furto fosse più mite. Altri disse (Marco *decis.* 176, *n.* 1, *pag.* 163, *vol.* 2) che il ladro col trasportare nel nostro paese le cose rubate all' estero commetteva un nuovo furto.

(2) Vedasi Paoletti *institutiones lib.* 4, *tit.* 1, §. 10 — Bossio *in tit. de furtis n.* 18 — Riminaldo *cons.* 106, *n.* 11, *lib.* 1 — Farinaccio *de inquisit quaest.* 7, *n.* 7 — Besoldo *thesaurus vol.* 2, *pag.* 87, *col.* 1 — Dolfio *allegat.* 25, *n.* 9. Analogo procedimento per identica ragione troveremo a suo tempo nel delitto di falsa moneta in ordine agl' *introduttori*. In Toscana una legge del 9 settembre 1681 disponeva che il furto commesso all' estero quando era susseguito dalla contrettazione in Toscana delle cose furtive, si punisse come se fosse stato consumato qua: e le osservanze giudiciali pare che mantenessero in vigore quella legge: Cerretelli *repertorio vol.* 1, *pag.* 621 — Forti *conclusioni pag.* 23 — *Annali Toscani XIV*, 1, 702, 703. Non tutti però contemplarono la contrettazione sotto il punto di vista del

danno al nostro commercio: molti presero le mosse dalla sentenza del **Bartolo** in *l. si dominum ff. de furtis — qui rem furtivam contrectat dicitur actualiter furari:* dunque se *actualiter furatur* chi contretta in Toscana, ruba in Toscana. Questa formula è analoga alla modernissima che in chi contretta o ricetta cosa furtiva ravvisa un *continuatore* del furto. Qualunque si accetti di cotesti punti di vista, certo è però che la imputabilità del contrettatore si deve misurare sul valore delle cose contrettate e non sul compendio del furto.

§. 2253.

Ad esaurire la materia a cui ci richiama l'argomento della complicità nel furto, rimane a trattare la ipotesi delle sottrazioni commesse dai figli e dalla moglie a danno dei genitori e del marito. I romani non davano l' *actio furti* contro i figli e contro le mogli *quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci* (1) e a riguardo della vedova che alla morte del marito avesse sottratto le cose maritali negavano pure l' *actio furti* e vi sostituivano l'azione *rerum amotarum* (che non era *famosa)* per la distinta ragione di un riguardo di convenienza, ripugnando che l'erede del marito infamasse la vedova del proprio autore. È un errore il credere che questa regola procedesse dalla idea del condominio: ove ciò fosse stato non si sarebbe avuto furto, nè la cosa sarebbesi considerata come furtiva; ed invece letteralmente si disponeva il contrario rispetto ai terzi acquirenti della cosa e per ogni altro effetto giuridico. Venuto meno nei tempi moderni il principio per cui l'antica Roma negava ogni azione fra padre e figlio, cessò quella prima ragione; ma restò la seconda. Si considerò sotto un punto di vi-

sta morale che in famiglia suole farsi (come dicesi) a confidenza, e che un figlio od una moglie si approfitta talvolta delle cose paterne o maritali senza coscienza di far gran male, e quasi per la idea di un diritto. Si considerò sotto il punto di vista giuridico che tali sottrazioni non presentano danno mediato, pensandó ciascuno che quei giovani e quelle femmine non sarebbero poi capaci di portare la mano sovra la proprietà di estranei. Si considerò finalmente sotto il punto di vista politico che una procedura penale istituita per simili sottrazioni cagionerebbe uno scandalo ed un disdoro che ricadrebbe sopra lo stesso derubato e su tutta la famiglia; e nelle famiglie sarebbe funesta cagione di amarezze e discordie, e frequentissimo impulso pei familiari a mentire al cospetto della giustizia: e questa fu ragione preponderante appo i codici moderni come per quello di Francia chiaro risulta dal discorso dell'oratore del governo. Per siffatte osservazioni quantunque fosse venuto meno il principio romano della unità di persona si perseverò anche dai successivi legislatori e nei codici contemporanei a proclamare come assoluta la regola non mai doversi procedere criminalmente per le sottrazioni dei figli e mogli commesse a danno dei padri e mariti.

(1) In quanto ai figli è aperto il testo al §. 12 *Inst. de obligat. quae ex delict. nascuntur:* Gregorio *syntagma cap.* 11, *n.* 1 — Damhouder *praxis crim cap.* 110, *n.* 41. In quanto alla vedova vedasi la nota a §. 2033; ed ai citati nella medesima si aggiungano Freher *lib.* 1, *cap.* 5: *in Thes. Ottonis vol.* 1, *col.* 867 — Woorda *thes. controvers. dec.* 14, §. 2. — Eckard *ermeneutica pag.* 336. Si com-

prende da quanto sopra che in ogni suo stadio la non punibilità del furto dei figli e dei conjugi non emana da un principio puramente soggettivo, e non appartiene alla teoria delle *degradanti*. A questa si connette l'altra distinta regola più larga nella sua comprensione ma più limitata nei suoi effetti, che *nel vincolo del sangue* ravvisa sempre una minorante del furto: Forti *conclusioni pag.* 193 *e* 227.

§. 2254.

Ma se furono concordi i dottori ed i codici contemporanei a non ammettere la perseguibilità criminale contro i figli, andarono peraltro in diverse vie rispetto ai loro complici e correi. Qui rinnuòvossi la perpetua questione della comunicabilità delle circostanze personali fra i partecipi di un delitto. Coloro che volevano punito come il parricida il complice del figlio uccisore del padre, dovettero per severa logica dichiarare innocente il complice del figlio sottrattore delle cose paterne. Altri all' opposto guardando il problema sotto il punto di vista della moralità individuale, sostennero non potersi ritrovare nei complici la scusa desunta del rapporto confidenziale. Altri guardarono il dubbio sotto diverso aspetto: dissero la non perseguibilità del figlio essere tutta ispirata ad un principio politico, quello cioè di non eccitare discordie e disordini nelle famiglie: quindi osservarono che il processo benchè diretto alla sola condanna del complice avrebbe pur cagionato quelle amarezze e discordie che si volevano evitare; ed avrebbe pure fatto ricadere disdoro sullo stesso derubato che si faceva sembianza di volere proteggere. La legge (dissero) volle pruden-

temente cuoprire di un velo codesti fatti per rispetto alla quiete domestica: ad un accusatore indiscreto non deve esser dato sotto pretesto nessuno di squarciare quel velo. Altri pensarono doversi distinguere fra *coautori* e *complici;* ed ammettendo la non perseguibilità di questi, sostennero che il *coautore* estraneo fosse sempre punibile (1).

(1) Vedasi Caldero *decisiones Cathaloniae decis.* 65 — Giurba *consilia criminalia cons.* 68 — Forti *conclusioni pag.* 217.

§. 2255.

Il codice Toscano all' art. 414 parve in questa divergenza adottare la opinione più severa, mentre il codice di Francia e gli altri che ne seguivano le orme parvero propendere per la più mite. Senza dubbio ove si consideri come cardine della teorica il riguardo alla quiete delle famiglie, lo intervento di un figlio nel furto deve render muta la giustizia rispetto a tutti i partecipi (1). Ma quando apprendasi come troppo larga e pericolosa siffatta dottrina, la distinzione con la quale a parer mio dovrebbe la medesima moderarsi non sarebbe già quella fra *coautori* e *complici,* alla quale in siffatte questioni io non so accordare gran peso.

(1) Sembra certo che i romani non estendessero la impunità al complice del figlio di famiglia per le *leg.* 36, §. 1, e 53. §. 1, *ff. de furtis* E di vero poichè essi procedevano dal principio *non datur actio*, era naturale che ammettessero la querela contro l' estraneo complice avverso il quale *dabatur actio:* Leyser *meditat. in Pandectas spec.* 124,

medit. 5; *et spec.* 556, *medit.* 4 — Weittenau *cons.* 61, *n.* 28. Il Puttmann (*adversariorum lib.* 1, *cap.* 16, §. 10) ammette questo principio, ma parlando in tema di complice della moglie vuole che si distingua: punisce il complice con la pena ordinaria salvo quando le cose rubate fossero state dal marito *confidate* alla donna, nella quale ipotesi trova una dirimente. Nella vecchia pratica francese non solo conservossi la regola che pei furti commessi dal figlio a danno del padre, o dalla moglie a danno del marito, potesse esercitarsi l' azione penale contro gli estranei che ne fossero complici; ma si andò ancora più innanzi: infatti ne ammaestra Jousse (*Justice criminelle part.* 4, *tit.* 57, *art.* 10) sulla scorta di giudicati in termini, che quando vi era un complice estraneo, il padre ed il marito poteva ottenere condanna non solo di questo ma anche del figlio e della consorte. Al contrario Augeard (*arrêts notables II*, 82) riporta due giudicati del Parlamento di Parigi del 19 aprile 1698 e 12 luglio 1708, che distinsero, decretando la non punibilità del complice quando non aveva preso parte al lucro, e la sua punibilità quando vi aveva partecipato: distinzione che piacque anche a Vouglans (*lois criminelles pag.* 284) ed a Rousseaud de la Combe *matières criminelles part.* 1, *chap.* 2, *sect.* 3. Vedasi anche Serpillon *code criminel tom.* 1, *pag.* 548; *tom.* 2, *pag.* 1518. Questa distinzione parve si adottasse dall' art. 380 del codice penale del 1810, il quale rendendo impreteribile la impunità del figlio e del coniuge, sembrò estendere la loro immunità anche ai partecipi che non avessero volto a loro profitto le cose sottratte a danno dei padri e dei genitori. Così almeno fu interpetrato per un tratto di tempo in Francia. Osservando che l' art. 380 aveva una seconda parte esclusivamente destinata ad irrogare la pena del furto agli estranei i quali avessero *ricettato* le cose rubate dal figlio o dalla moglie al padre o marito, se ne dedusse per buona logica che dunque per regola la impunità del furto concessa al figlio mettesse al coperto anche gli estranei che ne fossero stati coautori seco lui, o suoi complici in altro modo

tranne per ricettazione. Così la regola della impunità anche del partecipe estraneo fu generale e costante per lunga stagione: Rogron *code pénal expliqué pag.* 113 — Carnot *code pénal art.* 380, §. 18 — Helie *revue de legislation* 1845, *tom.* 2, *pag.* 90 *et suiv.* — Benoyt-Champy *essai sur la complicité pag.* 118 — Vernesco *du vol pag.* 66 — Voisin *de la complicité pag.* 143 — Corte di Cassazione di Parigi nei decreti del 6 giugno 1816, 8 ottobre 1818, 15 aprile 1825, 24 marzo 1838, e 10 ottobre 1840. Ma dopo il 1843 accadde in Francia un singolare rovescio di giurisprudenza. Si mantenne la regola della impunità in quanto ai complici dei figli e mogli: ma in quanto agli estranei che intervenuti con loro nel furto ne fossero stati coautori, se ne sostenne la punibilità perchè rispetto a loro il furto era un ente giuridico in sè completo che non riceveva modificazione per la eventuale impunità del loro compagno: e ciò portò alla conseguenza che mentre i complici del figlio continuarono a non esser puniti si vennero a punire i complici del coautore estraneo: Corte di Cassazione di Parigi nei decreti del 12 aprile 1844, 25 marzo 1845 — Le Sellyer *traité de la criminalité tom.* 1, §. 224 — Trebutien *droit criminel pag.* 193. Posteriormente i tribunali di Francia sonosi mantenuti in questa più severa giurisprudenza, quantunque qualche criminalista abbia tentato di insorgere contro la medesima. A noi non incombe di entrare in una disputa che tutta verte sulla interpetrazione del testo positivo di un codice speciale. Mi permetterò soltanto di dire che la giustizia non dovrebbe avere due pesi e due misure variabili sempre per aggravare la sorte dei giudicabili. I criminalisti francesi che sostengono la comunicazione dal figlio ai suoi compagni della circostanza aggravante del parricidio per favorire la decapitazione al compagno del figlio uccisore del padre, dovrebbero (se la severità non sommergesse la logica) comunicare la immunità al compagno del figlio del sottrattore delle cose paterne; o negandola in danno di questo dovrebbero pure negarla in favore di quello.

§. 2256.

Dovrebbesi invece distinguere fra *partecipe con lucro* e *partecipe senza lucro*. Il partecipe col lucro è un vero ladro: egli operò il passaggio in sua mano dell'altrui proprietà con modi illegittimi: egli si volle locupletare; e si locupletò con l'altrui. Ma del partecipe senza lucro non può dirsi altrettanto. Niente valuto che sia coautore invece di semplice ausiliatore: sia pur anche *autore unico* della sottrazione (perchè abbia agito per ordine e conto del figlio) agli occhi miei torna all'istesso. Sempre sta in fatto che la proprietà ed il possesso sono passati da padre in figlio, non da estraneo in estraneo. La cosa ha circolato tra i soci della famiglia, e non vi è furto per nessuno. D'altronde non sarebbe egli uno scandalo si mandasse in galera come ladro chi non ha niente guadagnato nel furto mentre passeggia impunito chi lo ideò, lo fece eseguire, e ne gode tutto il compendio!!! Tale è la mia opinione (1).

(1) La sola accidentalità che non sia punito l'autore principale del furto non è ragione sufficiente perchè non sia punito il suo complice: *Annali di Giurisprudenza Toscana XX*, 1, 560. Questa regola generale (che soffre limitazione soltanto nella ipotesi di complicità per mandato, come a suo luogo notai) mostra che l'unico aspetto sotto il quale possa sostenersi la tesi della non punibilità del complice del figlio è quello della *individuità del privilegio*. Non urti i nervi la parola *privilegio* applicata al caso presente, quasi si dica potervi essere il *privilegio di rubare:* i giuristi sanno benissimo che *privae leges* sono tutte le leggi eccezionali che a riguardo della eccezionale situazione di una persona la esi-

mono dalla legge generale. Sicchè la disposizione che sottragge il figlio alla pena del furto commesso a danno del padre, è a tutto rigore di termini un *privilegio*. Ora è regola giustissima (della quale i civilisti fanno applicazione nella materia delle evizioni ed in altre) che un privilegio il quale non può esser leso direttamente neppure lo possa indirettamente. Laonde tutto il nucleo dell' argomentazione a favore dei complici si stringe nell' obiettare che col punir questi si distruggerebbe il fine pel quale si vollero impuniti i figli. Ciò avviene inevitabilmente nel partecipe *ausiliatore* perchè è impossibile formulare l' accusa; è impossibile costruire il processo; è impossibile concepire la sentenza contro l' ausiliatore che (a modo di esempio) fabbricò la falsa chiave senza denunziare, provare, e dichiarare che quella falsa chiave servì al figlio per rubare a danno del padre: ed ecco il discredito della famiglia che si voleva evitare. Altrettanto non avviene in tema di partecipe *correo*; e quindi non s' incontra uguale ostacolo. Se il figlio rubò insieme con Cajo per comune interesse, può farsi accusa contro Cajo, e contro Cajo esaminare i testimonii e pronunciare la sentenza senza che mai sia bisogno di nominare il figlio del proprietario che a Cajo fu compagno nella sottrazione; e il decoro della famiglia può essere illeso. D' altronde Cajo *contrettando egli stesso* per animo di lucro la cosa altrui ha consumato i momenti giuridici di un furto che sta di per sè senza bisogno di appoggiarsi al fatto dell' altro. Ecco le ragioni della distinzione che io sostengo. Solo un dubbio può nascere intorno a certe aggravanti. Per esempio; la qualifica della *pluralità* di persone può dessa obiettarsi quando uno dei due coautori del furto era il figlio, non punibile?

§. 2257.

Vuolsi però avvertire che la immunità della moglie e del figlio se concedesi ancora nei furti ac-

compagnati da violenza contro le cose, o da altre aggravanti desunte o dal tempo o dal luogo, si limita però universalmente nel caso di furto accompagnato da violenza contro le persone. La giustizia di tale limitazione è così intuitiva che non fa mestieri trattenersi a dimostrarla.

§. 2258.

Del resto il codice Toscano riproducendo la regola del diritto romano parve adagiarla sopra un nuovo principio; quello cioè della comunanza di interessi: e così potè senza esitanza e senza limitazioni proclamare indifferente lo intervento del familiare nel furto rispetto ad ogni partecipe estraneo, fra la *persona* del quale e la *cosa* sottratta non esisteva alcun rapporto giuridico. Infatti il codice Toscano allargò la regola della immunità estendendola con l'art. 412 anche alle *sottrazioni* commesse tra *zio e nepote*, e *fratello e fratello:* ma aggiunse la condizione *viventi in comunione domestica:* lo che appunto mostra che il movente della legge è il riguardo alle *relazioni* che passano non tanto fra persona e persona quanto fra lo *agente* e la *cosa.* Quando il codice Toscano volle avere un riguardo soltanto alla quiete delle famiglie, ammessa la punibilità del furto, la subordinò alla condizione della querela del derubato; condizione che richiese nel caso di furti tra fratello e fratello o zio e nipote, non viventi in comunione domestica (1) e indistintamente tra consanguinei ed affini sino al quarto grado inclusive. In ordine alla questione dei complici la recise affatto, estendendo la punibilità

anche ai fautori. Il codice Sardo (art. 635) estese pure la immunità anche al furto tra i fratelli, ma in luogo di esigere la comunione domestica si appagò della sola *convivenza,* e mantenne sotto le ordinarie sanzioni della legge tutti i partecipi.

(1) La *coabitazione* per il codice Toscano non equivale alla comunione domestica: *Annali Toscani XIX,* 1, 923.

CAPITOLO VII.

Azione, *e* Penalità *del furto.*

§. 2259.

Lo studio dell' *azione* destinata a perseguitare il furto, e della *penalità* di questo reato, si ricongiungono in un principio radicale; essendo facile a comprendersi che dalla contemplazione o non contemplazione del danno politico del furto emerge contemporanea la conseguenza del rilasciarlo o no ad azione privata, e dello abbassarne od elevarne la penalità.

§. 2260.

Questo studio non può farsi che sotto il punto di vista del furto *semplice,* e più specialmente di tutti quei furti nei quali il criterio della punizione e della misura tragge unicamente dalla tutela del diritto di proprietà. Nei furti che si dicono in più stretto senso *qualificati* viene generalmente in campo un *oggettivo* diverso, che sta o nella difesa del domicilio, o nella difesa della persona, della libertà individuale,

della proprietà pubblica, del rispetto alla religione, e simili. E tale oggettivo che esteriormente sembra assumere la forma di accessorio diviene poi sostanzialmente principale nel determinare la misura della repressione, e la balìa di perseguitare questi reati.

§. 2261.

I romani dettero contro il furto semplice una azione penale al duplo od al quadruplo, la quale colpiva come pena tutti gli autori e partecipi del furto, cosicchè ciascuno di loro era tenuto ad un duplo e con soddisfarlo non liberava i suoi correi: *l. 1 prin. ff. si iis qui testamento; l. 1, C. de condictione furtiva;* ma tanto la *actio furti*, che era *poenae persecutoria*, quanto la *condictio furtiva* (1) che tendeva al ricupero della cosa o del valore della cosa, consegnarono al privato offeso, perchè quando il furto non aveva per i suoi modi attaccato altri più importanti diritti non ravvisarono un interesse pubblico nella sua repressione; e coerentemente addissero la pena pecuniaria al danneggiato, ed a questo concessero i pieni poteri di procurare il castigo o di dare il perdono (2).

(1) Vedasi Krug *de condictione furtiva*. E per le differenze fra la azione *reivindicatoria*, la *condictio furtiva*, e la *actio furti* si vedano Mullero *de furtis pag.* 17 — Suarez *comment. ad leg. Aquil.* (nel Meerman *Thesaurum vol.* 2, *pag.* 72, *n.* 36; *et pag.* 11, *n.* 27) — Wissembach *disputatio* 41 *et* 43 — Helbach *selecta criminalia posit.* 86, 118, 147 — Titius *de jure privato lib.* 4, *tit.* 12, §. 18 — Schifordegher *ad Antonium Fabrum lib.* 2, *tract.* 1, dove esamina la questione se la *con-*

dictio furtiva potesse sperimentarsi dopo aver mosso la *actio furti*, ed avere con questa conseguito il duplo — Hube *de furtis doctrina ex jure Romano pag.* 133 *et* 151. Gli speciali favori della *condictio furtiva* rispetto alla rivendicazione si hanno dalle *leg.* 3, 8, 13, 20, *ff. de condictione furtiva*. Vedasi lo speciale trattato del Cludio *de condictione furtiva cap.* 3 *per tot.*

(2) Menckenio *systema juris civilis secundum Pandectas lib.* 47, *tit.* 2, §. 14 — Eyben *de jure civili pag.* 177, *colon.* 2 — Voltaer *observat.* 35, *vol.* 2 — Platner *de criminibus extraordinariis pag.* 437 — Lucas *du vol pag.* 8 — Doveri *istituz. di diritto Romano vol.* 2, *pag.* 310. Ed anzi i romani non davano sempre l'azione penale del furto neppure al padrone della cosa. Il §. 15 *Instit. de obligationibus quae ex delicto nascuntur* prevede il caso che il proprietario avesse dato a lavare la sua veste e questa fosse rubata presso l' operaio: e nega l'azione al proprietario se il lavandaio era solvente e l'accorda soltanto a questo, perchè il padrone non ha patito il danno avendo la sua indennità da colui che aveva ricevuto in custodia la cosa. E concorda la *l.* 48, §. 4, *ff. de furtis*, dove si ferma che l' *actio furti* può competere anche al ladro a cui fu rubata la cosa, perchè esso è responsabile verso il proprietario per l' azione che questi può esercitare contro di lui. Onde la formula generale dei romanisti che l' *actio furti* compete *iis quibus interest*. Fecero però anche i romani delle eccezioni, come si ha dalla *l.* 16, *ff. de lege Cornelia de falsis*, e dalla *l.* 6, *ff. de lege Fabia de plagiariis*. Vedasi la nota a §. 2030.

§. 2262.

Sopra consimile idea corsero ancora altri legislatori. Si disputò in Germania se la costituzione Carolina avesse o no, in quanto al giudizio penale pel

furto semplice, derogato al giure romano (1); e le pratiche di molti paesi conservarono lungamente le distinzioni romane. In Francia la ordinanza di Francesco I sembrò lasciasse incerto questo punto, ma la ordinanza del 1670 (tit. 25) espressamente ordinò la persecuzione nell' interesse pubblico anche dei furti semplici: Jousse *Justice criminelle, vol. 4, art. 10, n. 3, pag. 259.* Nelle pratiche toscane era piaciuta talvolta la distinzione tra furto di proprietà e furto di *uso:* pel fine che quest' ultimo si tenesse non solo come meno punibile, ma ancora come perseguitabile ad azione privata. Ma più generalmente anche pel furto di uso ammettevasi l' azione pubblica; ed anche tale distinzione cessò col nuovo codice: *Annali Toscani XVI, 1, 145.*

(1) Sostenne che la costituzione di Carlo V avesse renduto pubblici tutti i giudizi di furto anche semplice lo Eckoldo *compendiaria Pandectarum lib. 47, tit.* 8, §. 8; ed altri. Propugnarono invece che la Carolina non avesse derogato in quanto alla indole del giudizio alle regole romane il Bocero *disputationes jur. clas.* 4, *disput.* 1, *thes.* 88 — Harpprecht *in instituta lib.* 4, *tit.* 1, *n.* 37 *ad* 41; mossi a tale opinione dal silenzio della Costituzione su questo argomento: e pare che nelle pratiche di parecchi paesi alemanni si conservasse specialmente nei furti minimi una simile dottrina: Puffendorf *observationum vol.* 1, *observ.* 168, *pag.* 440; *vol.* 2, *observ.* 57, §. 4, *pag.* 223; *observ.* 68, §. 5, *pag.* 261, ed anche nelle antiche pratiche italiane: Muta *decisiones siculae decis.* 40, *n.* 17, *fol.* 216. Vedasi Farinaccio *de furtis quaest.* 165, *n.* 9, 11, 24 *et* 26. Ma in generale nelle pratiche essendo invalsa la distinzione tra furto *proprio* e furto *improprio*, la regola del giudizio privato venne restringendosi a quest' ultimo, come

a suo luogo vedremo. E soltanto si è conservata per eccezione la regola romana nei casi ove si volle avere uno speciale riguardo a certe relazioni *personali*: riguardo che il codice Badese (art. 391 e 392) trovò anche nel famulato.

§. 2263.

Ma queste fluttuanze nei tempi più recenti cessarono. Si riconobbe che era un dovere dell' autorità sociale proteggere nei cittadini il diritto di proprietà come ogni altro diritto: si avvertì che per la impunità del furto eventualmente derivata dalla trepidazione od incuria del proprietario leso, se ne atterrivano tutti gli onesti, e se ne incoraggivano gli avidi; e divenendo nel furto una regola la impunità ed una eccezione rara il castigo se ne veniva empiendo la città di mariuoli che più non lasciavano sicurezza alla proprietà privata. Così andò prevalendo la idea che indistintamente ogni furto *proprio* dovesse perseguitarsi ad azione pubblica.

§. 2264.

Consequenziale a siffatto pensiero doveva essere e fu la elevazione della penalità; e per una recrudescenza di rigore si venne al punto di punire di morte (come altrove ho già detto) ogni ladro che col rubare più volte avesse mostrato una decisa abitudine ad attaccare le altrui proprietà; e si giunse a sostenere la tesi che dannare a morte il ladro era una *necessità* (1).

(1) Ad occasione del processo contro il troppo famoso *Cartouche* il Werneburg pubblicò nel 1722 una dis-

sertazione intitolata *de Suspendio furis ex ratione naturali et civili considerato*, nella quale prese a dimostrare la necessità dello impiccamento dei ladri. Vedasi Alberto Desimoni *del furto e sua pena* §. 3; dove sostiene doversi riferire alle leggi longobardiche l' abuso introdotto di punire i ladri di morte, e ricorda (§. 4) aver Carlomagno voluto mostrare mitezza ordinando che al ladro si cavasse un occhio per il primo furto, si tagliasse il naso per il secondo, e soltanto per il terzo si mettesse a morte. Saint Edme (nel suo *dictionnaire de la pénalité, mot vol*) ha raccolto per ordine alfabetico le penalità inflitte ai ladri da sessanta nazioni diverse: e questo elenco lascia in dubbio se gli uomini siano stati più fieri nel delinquere o nel punire. Fu punito di morte dall' antica legge sassonica, e da altri statuti della Germania: Meinders *de judicibus centumviralibus pag.* 72 — Colero *decis.* 144; e la morte s' irrogò ancora ai *complici* benchè non avessero personalmente concorso nel furto: Hertius *Decisiones vol.* 2, *decis.* 51 — Hellfeld *Opera minora vol.* 2, *opusc.* 14, *de justitia poenarum capitalium, praesertim in crimine furti periculosi et tertii.* In molti statuti d' Italia la pena del furto era arbitraria, e spesso i giudici si valevano di tale arbitrio infliggendo il taglio di un orecchio; della qual pratica nella città di Bologna ne fa ricordo il Toselli nel libro altrove citato. Ma contro l' uso di tagliare le orecchie ai ladri scrisse Langlaeus *semestrium lib.* 1, *cap.* 2, *pag.* 641. Anche fra gli antichi fuvvi però chi dubitò della legittimità della pena di morte applicata al ladro; e la impugnarono parecchi teologi: la impugnarono per ragioni adattate allo stato della scienza in quei tempi, ma pure la impugnarono: vedasi Eckoldo *compendiaria pandectarum pag.* 1229. Tommaso Moro nella sua *utopia*, pubblicata la prima volta in Lovanio nel 1516, proclamò assolutamente ingiusta la uccisione del ladro. Fra i dottori prevalse la opinione che Federigo Imperatore fosse il primo che facesse impiccare i ladri: onde il Puteo (*de syndacatu, verbo*

crudelitas) e il Nevizzano *(sylva nuptialis lib.* 1, *n.* 69) dissero l'anima di Federigo abbruciare nello inferno, e la sua generazione essersi spenta per quella ferocità. Ma io non so comprendere come possa attribuirsi ai longobardi od a Federigo la genesi della irrogazione della morte al ladro, in faccia alla Novella **134** di Giustiniano che si esprime in guisa da mostrare essersi prima di lui usato questo supplizio in pena del furto. Giova notare che l' Hommel *(rhapsodiae observat.* 150, *tom.* 2, *pag.* 166) si gloria di avere fino dal **1765** combattuto la pena capitale prima che il libro di Beccaria (tradotto in tedesco soltanto nel **1766**) fosse conosciuto in Germania. Quella osservazione s' intitola *de poenarum capitalium crudelitate et vanitate.* Nell' antica Francia per il primo furto semplice si alternò la pena del taglio degli occhi a quella della frusta accompagnata col bollo: vedasi Molinier *la répression du vol, Toulouse* **1869**. Si usò anche l' esilio locale che come osservò Pastoret non produceva altro effetto tranne di operare un cambio di malfattori tra le diverse Provincie della Francia: e talvolta applicavasi anche la gogna. Questi modi di punizione durarono fino alla rivoluzione. Ma se trattavasi di recidivi s' infliggeva la galera, e per il terzo furto inesorabilmente la morte, la quale si eseguiva spessissimo con la ruota, supplizio introdotto in Francia per l' editto di Francesco I del mese di gennajo **1534**. Mentre però senza scrupolo s' impiccavano e si squartavano i ladri, si faceva mostra di umanità disputando se potesse aggiungersi la pena della confisca dei beni: Guazzino *de confiscatione bonorum conclusio* 78, *n.* 2, *pag.* 38. Laonde dubitavasi persino se potesse condannarsi nelle spese del giudizio il dannato a morte, perchè le spese si sarebbero sopportate dalla famiglia innocente. È pieno di verità il motto che leggesi nel Lauterbach *(collectio nova cons. Tub. vol.* 4, *cons.* 128, *n.* 26) avere i ladri più paura del lavoro che della forca. È poi singolare il confronto che fa il Puttmann *(adversaria vol.* 1, *cap.* 5, *pag.* 93) tra il furto e l' adulte-

rio, e l'analogia che egli ravvisa fra questi due delitti. Ad un certo periodo dei tempi di mezzo venne in grande uso nelle legislazioni Germaniche infliggere ai ladri la pena della *decalvazione* consistente nel rader loro i capelli. Sul senso e fine di questa penalità disputano gli eruditi: Heineccio *Elementa jur. Germ. lib.* 1, *tit.* 14, §. 320 — Emminghaus *jus susatense art.* 24, *pag.* 87. Le penalità vennero peraltro anche nel furto modificate dalla pratica quando prevalse la regola che sulla quantità della pena di un delitto influisse la quantità della sua prova: Handjery *de furtis pro diversitate probationum puniendis.* Lo spirito ribelle alla pena di morte si rivelò sempre sotto cento forme: una esplosione di siffatta tendenza si può notare anche nella dottrina che quando si fosse *rotto il laccio* a cui era appeso il condannato egli dovesse esser salvo: Coccejo *exercitotiones curiosae vol.* 2, *disp.* 6, *pag.* 96 *de proportione furti ac suspendii rupto laqueo.* Così la umanità lottava anche mediante sofismi, ma i giudici lottavano anch'essi: e non più decretavano *suspendotur*, ma *suspendatur donec mors sequatur*, intendendo così guarentirsi dal pericolo della rottura del laccio. La pena di morte anche contro il furto in certe condizioni si mantenne dal codice Francese del 1810: sul che dissertò Schuurbeque *de requisitis ut poena mortis furi infligatur, Lugduni Batavorum* 1837.

§. 2265.

Due cagioni principalmente contribuirono a spingere la penalità del furto sino allo estremo supplizio. La prima fu una errata aderenza all' ossequio del giure romano; la quale influì sovra quei giuristi che opinarono essersi in Roma punito il furto di morte. Tale opinione è però assai disputabile, ed assai controversa fra i migliori interpetri. La sostennero alcuni sull'autorità di Servio e di Teo-

filo, opinando che tanta severità appartenesse anche all' antica Roma, e fosse corretta dal giure pretorio. La combatterono altri sull' autorità di Gellio, insegnando che la pena romana fosse la fustigazione, e fosse invece riserbata la morte al solo furto dei servi (1). Parmi però che a mostrare non essersi voluta nel gius nuovo romano la morte dei ladri bastasse l' *Auth. sed novo jure C. de servo fugitivo.* Ma ad ogni modo non era questa una buona ragione: poichè (come ho più volte osservato) le leggi romane non sono sempre sicura guida al meglio negli argomenti di diritto penale.

(1) Sulla pena romana contro il furto possono consultarsi Bynkersoek *observationes juris romani* 3 — Cannegieter Joannis *observationum miscellanearum cap.* 17, *n.* 4 — Colero *decis.* 207, *n.* 2 — Vander Hoeven *de furtis ex jure XII tabularum* — Hube *diss. de furtis doctrina* — Besoldo *thesaurum vol.* 2, *pag.* 169, *n.* 15; dove a *pag.* 170, *col.* 2 afferma in alcuni paesi essere invalso l' uso di appiccare i giudei non per il collo ma per i piedi: uso che si riprovò da Carpzovio *pract. pars.* 2, *quaest.* 88, *n.* 45, e dal Thiel *principia jurisprudentiae judaicae, pars specialis, lib.* 3, *sect.* 2, *membr.* 1, *tit.* 2, §. 259. Bisogna però ricordare che la formula pena *capitale* non sempre espresse nell' antica Roma la morte, ma più spesso la *maxima capitis deminutio* (e talvolta anche la *media*) attuata con lo addire il ladro in servitù al padrone: Hertius *commentationes vol.* 1, *pag.* 313. Sulla pena ebraica vedasi *Esodo* 21, 37 *et* 22, 3. Sulla pena greca vedasi Meursio *Themis attica lib.* 2, *cap.* 1. Sulle pene usate dagli antichi germani vedasi Schmid *de furto secundum leges antiquissimas germanorum, Jena* 1829 — Demarsy *du vol et de sa répression d' après le lois germaines (Revue historique vol.* 13, *pag.* 321) — Emminghaus *jus*

susatense pag. 86. E sulla Carolina vedasi Hermann *commentatio ad art.* 159 *in C. C. C. pag.* 4 — Boehmero *meditationes art.* 159, *pag.* 758; e gli altri commentatori della Costituzione.

§. 2266.

Un' altra cagione che condusse i ladri allo estremo supplizio procedette da quell' idea che pur troppo domina anche oggidì la mente di alcuno; voglio dire che sia debito e missione della penalità la totale estirpazione dei delitti. Correndo su questa linea e osservando non raggiungersi dalle pene cotesto scopo superbo ed impossibile ad ottenersi sulla terra, s' insegnò essere dovere delle autorità civili (così Lauterbach *dissertatio 65, thes. 65)* di estendere la pena del furto anche alla morte: e se questa non bastava d' infliggere al colpevole una morte accompagnata da così atroci dolori, che finalmente per tanto terrore gli uomini si astenessero dal rubare. Di qui le teste dei ladri esposte al pubblico nelle apposite gabbie di ferro agli angoli esteriori delle prigioni, che io stesso vidi nella mia infanzia; di qui i quarti dei loro cadaveri appesi a dei pali lungo le pubbliche vie finchè la putredine non li avesse consumati; di qui altri spettacoli osceni della umana crudeltà nobilitata col profanato nome di giustizia (1). In tal guisa ragionavano i nostri avi senza chinare la fronte alle necessità umane ed alla evidenza dei fatti. Certamente nessuno può impugnare che mezzo infallibile ad impedire all' uomo proclive al furto la continuazione della sua prava abitudine sia quello di mozzargli la testa. La questione della penalità non deve porsi in siffatti ter-

mini: deve cercarsi se sia necessario uccidere il ladro per impedire che gli altri rubino: e quando anche ciò fosse altrettanto provato quanto non lo è, resta precipuamente a decidere se possa mai tollerare giustizia la strage di una creatura umana per la difesa della roba. Certo è che la pena capitale contro i ladri espone a massimo pericolo la vita dei proprietari, non esistendo più nei ladri ragione di non uccidere, mentre hanno tanto impulso ad uccidere nel desiderio della impunità.

(1) Tale fu l' odio contro i ladri che il Boulenc nella ripetizione *in l. capitalium ff. de poenis* (tra le raccolte dal Limpio *vol.* 6, *pag.* 467, *n.* 25) sostenne che agl' imputati di furto non dovesse mai accordarsi il difensore; argomentandolo dalla *l.* 6, *C. de defensoribus civitatum.* Lo stesso troviamo stabilito dal Marco *decisiones Delphinales vol.* 2, *quaest.* 4, *n.* 11, *pag.* 4. Ma se Valentiniano, Teodosio ed Arcadio rescrissero al preside Taziano, — *removeant patrocinia quae favorem reis et auxilium scelerosis impartiendo maturare scelera fecerunt,* ad occasione di straordinario concorso di briganti che infestavano una provincia, non valeva la pena di generalizzare una dissposizione eccezionale conculcatrice del diritto di natura. Modernamente grande inimico dei ladri si mostrò il Fraccagnani il quale nella sua opera intitolata *della ragion filosofica nel diritto politico penale,* al *cap.* 6, *pag.* 182 invcisce contro il reato di furto e ne esalta la pravità morale e la gravità politica per guisa da collocarlo quasi al sommo gradino delle criminosità. Besoldo (*dissertatio* 2, *de praemiis, poenis et legibus cap.* 4, *de poenarum exasperatione, pag.* 103) osservò essere stata una necessità punire i ladri di morte per la grande loro moltiplicazione. Eh! sì davvero che con tre secoli di pena di morte si estirparono i ladri dal mondo!

§. 2267.

Così la storia anche nella penalità del furto fa testimonianza delle umane contradizioni additandoci punito da molte genti con lo estremo supplizio il furto che altre nazioni vollero affatto impunito (1). La storia perpetuamente ci mostra quella oscillazione delle opinioni umane da estremo ad estremo opposto che signoreggiò con singolare vicenda i consorzi cittadini: e tuttavia durerà finchè il progresso dei lumi e della civiltà non li abbia fermati in quel mezzo dove soltanto risiede il vero. Modernamente si rese dominatrice dei dettati penali la considerazione della oggettività giuridica dei malefizi. Si comprese anche prima che fosse nettamente enucleata dalla scienza la nozione della *complessività* nei reati. E applicando tale nozione al furto si dissero *qualificati* quei furti che recavano lesione di più diritti; e *semplici* quelli che avevano offeso soltanto il diritto di proprietà. Così si destinarono contro i primi pene di alto criminale assai più severe, e se ne spinse la cognizione ai tribunali di maggior competenza: lasciando la cognizione dei *semplici* ai tribunali inferiori ed applicando pene più lievi. Questo concetto fu giustissimo. Ma poscia si osservò che anche tra i furti che rispetto alla loro oggettività si sarebbero dovuti dire *semplici* (perchè offendevano *il solo* diritto di proprietà) ve ne erano alcuni che o per ragione di quantità naturale, o per ragione di quantità politica meritavano pena più severa; ed anche questi si vollero noverare trai *qualificati*, e colpirli più severamente. Nella ulteriore

elaborazione della scienza si osservò peraltro che a torto davasi il nome di *qualificati* a tali furti perchè la *qualifica* nella esattezza del linguaggio doveva nascere da un ulteriore diritto violato. Ed allora si disse che anche questi dovevano restare nella classe dei furti *semplici;* ma poichè era conveniente sottoporli ad un aggravamento di pena si dissero furti semplici *aggravati.* Ecco come nacque in molti dei codici contemporanei la triplice divisione dei furti in *qualificati, aggravati* e *semplici;* o, a meglio dire, la suddivisione dei *semplici* (nel contrapposto di complessi) in *semplici* propriamente detti, e semplici aggravati. E simile concetto naturalmente si svolse nel rapporto della penalità col minacciare ai qualificati una pena di alto criminale (reclusione, casa di forza, galera) ed ai semplici sempre la prigionia aumentata negli aggravati in prolungamento, senza mutazione di *specie.*

(1) Costalio *adversaria pag.* 27, *n.* 9. È però vero che molti negano essersi assolutamente permesso il furto appo gli egizi e gli spartani: Grantz *de defensione reorum pag.* 149, *n.* 83 — Strauchio *opuscula pag.* 574. E più recentemente combattè questa opinione Thonissen in un suo erudito scritto inserito nella *Revue Historique vol.* 14, *pag.* 240, e riprodotto testè nell' opera pubblicata dallo illustre professore di Lovanio sotto il titolo *études sur l' histoire du droit criminel des peuples anciens liv.* 2, *chap.* 3, *pag.* 166.

§. 2268.

Tale concetto in punto di scienza sarebbe esattissimo perchè in sostanza si riduce a questa con-

clusione. Stabilire come principio che il criterio di penalità desunto dalla sola offesa al gius di proprietà (1) non porti mai a pene di alto criminale: che per salire a questa occorra l'adiezione di un secondo criterio desunto dalla offesa ad altri diritti poziori: e che tutte quelle concomitanze le quali aumentano la quantità del reato per ragione di maggior danno mediato ma senza lesione di ulteriori diritti, portino aumento di pena ma sempre nella sfera delle pene inferiori senza mai passare alle pene superiori. Malgrado ciò dissi di sopra che io non credeva opportuno alla trattazione scientifica il seguire questa triplice divisione; e coerentemente a simile idea esposi le diverse aggravanti secondo l'ordine dei respettivi criterii intrinseci, senza guardare se pei medesimi si producesse in questo o in quel codice contemporaneo il titolo di furto *qualificato* o soltanto *aggravato.* Adesso che i miei alunni hanno più da vicino conosciuto le principali circostanze aggravanti del furto, eccomi a dare la ultima ragione di quel mio pensiero, e del metodo da me tenuto. Fra tutti i codici contemporanei che hanno adottato la distinzione tra furto aggravato e furto qualificato non ne trovo alcuno che abbia poi nell'applicazione strettamente obbedito al principio cardinale che ho riassunto in questa teorica. Seguendo la radicale della distinzione non si sarebbero dovuti collocare tra i qualificati che i soli reati complessi; e qui per tanto quelli che presentano in loro oltre la lesione del diritto di proprietà relativo alla cosa sottratta *anche* quella di *altri diritti.* Così sta benissimo tra i qualificati il furto violento che offende ancora la *sicurezza per-*

sonale; il furto con effrazione scalata o falsa chiave ed altri, che offendono la sicurezza del domicilio; il furto sacrilego che offende anche la religione: e via così discorrendo. Ma tutti gli altri furti che sempre offendono il solo diritto di proprietà non dovrebbero essere che *aggravati.* Se i codici contemporanei avessero applicato in questo esatto senso la triplice distinzione, si sarebbe potuto benissimo assumere la medesima come guida di una trattazione scientifica perchè sarebbesi riannodata ad un punto fisso e razionale. Ma i codici contemporanei non hanno poi rigorosamente obbedito a quel criterio naturale. Essi hanno preso a guida un criterio prepostero: un criterio che ho già notato in termini generali (§. 1080 nota) non esser mai buono per una esposizione scientifica: il criterio, voglio dire, della *pena.* Hanno prestabilito quali circostanze dovevano secondo loro condurre alla pena superiore (per esempio la reclusione) ed hanno detto quei furti essere *qualificati:* hanno prestabilito quali furti meritavano pena inferiore (carcere) e li hanno chiamati *semplici:* hanno prestabilito quali tra questi meritavano un aumento di carcere nella durata e li hanno detti *aggravati.* Ma la *pena* speciale minacciata da uno o da altro codice contro un malefizio è un' *accidentalità esteriore* rispetto alla natura di quel malefizio: essa è variabile secondo il diverso modo di vedere dei vari legislatori, ad uno dei quali piacque punire un fatto con pena superiore, mentre un altro puniva lo stesso fatto con pena inferiore. Ora è indubitato che non può affermarsi come dottrina scientifica un principio che non sia assoluto. Il criterio della *pena* è variabile: dunque non può

assumersi come guida da chi imprenda ad esporre in punto di ragione astratta le specialità del furto. Se io avessi voluto disporre le specialità dei furti più gravi seguendo la triplice distinzione mi sarei trovato a collocare fra gli *aggravati* un furto che il codice di una provincia novera tra i *qualificati* e viceversa: lo che avrebbe generato confusione e perplessità nella mente degli studiosi.

(1) Questo criterio però non si può dire costantemente osservato nelle pratiche, per quanto apparisca razionale. Avvegnachè molte volte per ragione degli speciali servigi di certe cose, e dello interesse che vi si annette si è salito negli antichi tempi e si sale tuttavia ad altissime pene quantunque non siavi complessità nella oggettività giuridica del malefizio. La storia ne fa solenni testimonianze di questo rigore desunto dalla mera predilezione della cosa rubata. Così anche nell' antico diritto scandinavo si punì con la morte e con la confisca dei beni il furto di grano dai campi se asportato mediante carro: Herrig *de rebus agrariis Sveciis et Danicis pag.* 45.

§. 2269.

Basta che il giovine studente conosca quale dovrebbe essere il vero criterio scientifico della distinzione tra furti *aggravati* e *qualificati*. Gli basti conoscere che da quella distinzione risulta l'effetto di una diversità nella *specie della pena*. Gli basti conoscere molti legislatori aver dovuto prendere per criterio della distinzione lo effetto che era figlio della loro volontà invece della causa giuridica. Comprese queste idee sarà chiarito allo intelletto di ognuno il senso pratico di tale distinzione; e ognuno

portando l' occhio su quel codice che egli sarà chiamato a rispettare nel proprio paese, troverà agevole applicare la distinzione stessa senza pericolo d' incontrare contradizioni fra il dettato teorico e la disposizione legislativa (1).

(1) Prendo qui occasione di ricordare le differenze che passano tra un corso teorico ed il commentario di un codice, e le maggiori difficoltà che in quello e non in questo s' incontrano. Non troverete due codici che interamente concordino fra loro nella classazione dei reati. Il commentatore accetta quella che trova fatta: il teorico deve crearla secondo ragione sua, facendo astrazione da tutti i diritti costituiti.

§. 2270.

Questo sia detto intorno ai criterii generali da seguirsi dal legislatore per la misura della penalità in tema di furto. Ma l' argomento della *pena* in questo reato può presentare eziandio materia di studio speciale sotto il punto di vista della sua applicazione pratica; in quanto possano esservi in questo reato *speciali* circostanze diminuenti la *pena* che in altri reati non hanno uguale valore. Questa ricerca non si confonde con la ricerca del *grado* (1) nel reato di furto che esponemmo nel precedente capitolo; poichè ormai sappiamo qual sia la differenza fra *degradazione del delitto*, la quale conduce ad una minor *pena* come mera conseguenza della minorata quantità del malefizio; e *degradazione* della pena (§. 699) la quale porta a punir meno per ragioni inerenti a questa, sebbene la quantità del malefizio non ne venga modificata.

(1) Evvi un criterio che non fallisce mai per distinguere ciò che tiene al *grado* del delitto da ciò che tiene alla sua *quantità;* e ciò che tiene al *grado del delitto,* da ciò che tiene al *grado della pena.* Il grado del delitto è sempre inerente alle forze *soggettive* di questo: la sua quantità è sempre connessa alle forze *oggettive* del medesimo. Il *grado nella pena* non ha nessuna relazione nè con le forze soggettive nè con le forze oggettive del delitto isolatamente guardate, ma ha la sua radice nella forza oggettiva della pena, la quale o diviene eccedente o insufficiente in una specie per ragione della suscettività individuale del condannato; o diviene eccedente per il suo *rapporto* con la forza oggettiva del delitto in quanto questa siasi per eventi posteriori diminuita. Così la fame che spinse a rubare non è una degradante della *pena,* ma una *degradante* della *imputazione,* perlochè niente s' immuta nel rapporto oggettivo e nelle altre conseguenze giuridiche del malefizio, perchè ove ciò fosse non vi sarebbe nel ladro l' obbligo ad indennizzare benchè tornato in fortuna migliore (Colero *de alimentis pag.* 906) e per altro lato lo ignudo che ruba il pane e lo affamato che ruba le vesti non dovrebbe scusarsi quantunque per argomento dalla *l.* 2. *C. de patr. qui filios suos vendid.* comunemente si scusi: Roitz *decisiones Lithuaniae decis.* 3, *n.* 313. Al contrario la *restituzione del tolto* non ha niente che vedere con le forze *originarie* del malefizio, ma perchè il fatto posteriore della restituzione ha smorzato gli effetti della forza morale oggettiva del reato, così il rapporto che in prima era proporzionale tra la forza oggettiva del malefizio e la forza oggettiva della pena, viene a modificarsi, ed è causa di diminuire la pena quantunque il grado e la quantità del delitto nel momento della consumazione fossero alle condizioni ordinarie. Uguale criterio regola tutte le altre attenuanti la *pena* che veramente sono tali: non concordo pertanto con la dottrina di alcuni moderni (Weissbein *de poenitentia efficaci post consumationem cap.* 2) i quali per regola generale insegnano

che il pentimento *utile* dopo la consumazione debba giovare al colpevole, adagiando simile precetto sulla *presunzione* che il pentimento efficace mostri non avere concorso nel delinquente la *pienezza del dolo* al momento dell' azione. Se tale presunzione si potesse accettare, la teorica della restituzione del tolto si connetterebbe col *grado* nel delitto. Ma io non credo alla condizione *assoluta* di simile presunzione, potendo nella realtà avvenire il pentimento efficace anche dopo consumato un delitto con pienissimo dolo. Anche qui si argomenta per via di esempii scegliendoli a comodo della tesi che si sostiene; ma è sistema pericoloso. Per me le solide ragioni per valutare a scusa del delinquente le riparazioni da lui *efficacemente* operate dopo la consumazione, partono tutte da riguardi *politici* e appartengono strettamente al grado della *pena*. Identica tesi si volle sostenere dal Fornet (*Dissertatio de poenitentia quae dicitur efficax cap.* 2) il quale pronunciò la sentenza *non potere* il giudice minorare la pena se non dove trova una *minore colpabilità* nello agente. Queste aberrazioni derivano dalla signorìa che vuole accordarsi in certe scuole al principio *soggettivo ;* e dal non comprendere la distinzione che passa fra *grado nel delitto* (considerazione soggettiva) e *grado nella pena* (considerazione oggettiva) e dal confondere il cardine *morale* della imputazione col cardine *politico* della punizione. Il pregio della scuola Italiana, della quale fu principe Carmignani, sta appunto in questo di avere combinato i due principii ritenendo ciascuno di loro in quello che ha di vero, mediante la distinzione fra degradanti il delitto e degradanti la pena. La restituzione del tolto non può appartenere che alla categoria delle *degradanti la pena*, ed anche in Russia (Guizzetti *Principia juris Russiae de delictis et poenis pag.* 47) si riconosce questa verità, che taluno si ostina a far mostra di non comprendere.

§. 2271.

Ora la teorica del grado nella pena, da noi esposta sotto un punto di vista generale dal §. 700 al §. 778, incontra alcune particolarità nel reato di furto per le quali se ne spande maggiormente lo influsso benefico. Queste derivano dalla possibilità di una *riparazione completa* del danno immediato, la quale nella maggior parte degli altri malefizi non è mai altrettanto ottenibile. Perciò avviene che mentre (a modo di esempio) la riparazione del danno eserciti lieve influsso sulla penalità dell'omicidio, delle ferite, ed altri reati, nei quali la indennità all' offeso non è mai una *reintegrazione* perfetta, nel furto per lo contrario eserciti tanto influsso, come già avemmo occasione di osservare al §. 2234 nota 1. Altrettanta benignità non potrebbe davvero usarsi in altri reati quanta se ne accorda nel furto alla spontanea restituzione del tolto (1) appunto perchè in questo malefizio è possibile la cancellazione totale di ogni danno recato all' offeso: ed è la identica ragione per cui nessuno sognò mai la punibilità del furto colposo: perchè se si restituisce ciò che fu preso per disavvertenza non vi è danno alcuno, e se no sorge il dolo nel ritenere scientemente lo altrui.

(1) Non fu universale nell' antica pratica l' uso di ammettere come diminuente nella pena di furto la restituzione del tolto. Su ciò disputossi vivamente in Sassonia: Wernher *observationum tom.* 1, *pars* 4, *observ.* 4, *n.* 123, *pag.* 742; *et observ.* 201, *n.* 7, *pag.* 938 *et seqq. et observ.* 225, *pag.* 964. Nell' antica pratica toscana lo ammet-

tere questa diminuente era *facoltativo: Annali di giurisprudenza Toscana XV*, 1, 583; e *XII*, 1, 637. Lo rendette obbligatorio pei giudici il codice del 1853 art. 415, §. 1: ma sotto diverse condizioni che l' articolo stesso esprime, o che vi ha per interpretazione introdotto la giurisprudenza; cioè: — 1.° Che sia *totale: Annali Toscani XV*, 1, 653, 654 — 2.° Che si abbia la vera *restituzione* non la semplice *offerta* o *promessa: Annali Toscani XVI*, 1, 876, 877 — 3.° Che non sia valutabile quando il ladro per restituire la cosa *pretese* un dono in denaro dal proprietario: *Annali Toscani XVII*, 1, 75 — 4.° Che non sia valutabile quando il ladro vi fu necessitato per la sorpresa del proprietario: *Annali Toscani XIX*, 1, 131 e 707; e *XX*, 1, 708, 709; *XXI*, 1, 726 — 5.° Che non sia valutabile quando è avvenuta per opera della famiglia del ladro a di lui insaputa: *Annali Toscani XVII*, 1, 1057, 1058; e *XXI*, 1, 442 — 6.° Che non tolga la diminuente desunta dalla completa restituzione il danno in cui sia rimasto il *terzo compratore* della cosa furtiva al quale il ladro l' abbia ritolta per restituirla: *Annali Toscani XXI*. 1, 593 — 7.° Che debba ammettersi la scusa quando il proprietario *ricusò* di accettare la restituzione sebbene offerta nel suo completo: *Annali Toscani XVI*, 1, 391.

§. 2272.

Così per indentiche ragioni troviamo che i pratici accordarono alla *confessione* spontanea maggiore potenza come causa di diminuire la pena nel furto che non in altri reati: specialmente quando la confessione porta seco la restituzione o la scoperta dei complici. Il ladro non è come l' omicida o come lo stupratore, il quale sfogata una volta quella sua passione verso un individuo potrà forse condurre lunga vita senza più avere occasione di uccidere o

di stuprare. L' avidità dello altrui che domina il ladro rarissime volte è sazia al primo bottino. O egli tesaurizza, ed allora in lui avverasi la sentenza *crescit amor nummi quantum ipsa pecunia crescit.* O egli dissipa il male acquistato denaro (lo che è il caso più frequente per la facilità con cui si è procacciato) e datosi all'ozio ed al bel tempo, quando si trova in secco torna a rubare (1). Di qui nasce che la società ha maggiore interesse a discuoprire i complici di un furto che non i complici di un omicidio. Se è probabile che questi atterriti dalla pena del loro compagno si astengano dal porre a rischio la propria impunità con nuove stragi, ciò non è ugualmente probabile in quelli. Il cittadino che ha conosciuto essere stato invaso un domicilio da sei ladri, ed esserne stato punito uno solo sa per certo che restano in società cinque nemici delle proprietà comuni, i quali imbaldanziti dalla loro fortuna, e signoreggiati dalla perseverante passione sono pronti a cogliere il destro di aggredire lo altrui. Quindi se ne stanno in più grande timore e sospetto; e desiderosi di torselo dall' animo fanno più buon viso alla mitezza che siasi usata verso il ladro confitente, in faccia al grande benefizio di vedere repressi i malandrini sconosciuti. Ecco perchè troviamo generalmente nella pratica (2) essersi valutata la confessione del reo nel delitto di furto con più larghezza che non in altri reati. Oltre a ciò stando in fatto che nella maggior parte dei casi alla condanna del ladro bisogna giungere per via d'*indizii* (3) i quali possono riuscire fallaci, così la confessione in questo reato è desideratissima più che

in altri: ma pur troppo è anche più rara per la indole versipelle di questi delinquenti.

(1) Questa osservaziooe pur troppo vera e costante si usufruì per condurla a più larghe conseguenze dal **Brusa** nei suoi *studi sulla recidiva.*

(2) La confessione si valutò dai pratici come diminuente anche quando fosse viziata da qualche reticenza: Weroher *observationum tom.* 2, *pars IX, observ.* 151, *pag.* 250 *et seqq.* Ad ammettere la confessione come bastante a far passaggio alla pena straordinaria contro il ladro coodusse ancora un' altra regola il furto è delitto di *fatto transeunte,* e perciò la coofessione del reo supplisce alla rigorosa prova del *corpo del delitto* secoodo la comune dottrina dei pratici: e di qui una ulteriore cagione di scendere a pena straordinaria quando il reo coo la sua confessione avea fornito la prova di un materiale che altrimenti non sarebbesi avuta: Carpzovio *pract. pars* 2, *quaest.* 81, *n.* 58 *et* 59 — Tiraquello *de poenis temperandis cons.* 30, *n.* 1 *et seqq.* — Harpprecht *decis.* 1, *n.* 60; *decis.* 5, *n.* 27; *et decis.* 5, *n.* 79.

(3) Fra gl' indizi più frequenti e più culminanti di cui fa grande maoeggio la pratica a raggiungere la condanna degli accusati di furto primeggia quello della *reperizione degli oggetti furtivi* presso di loro. E bene: anche questo riesce molte volte fallace. Chesterton nel suo libro intitolato *Revelations of prisons life* (che è uo registro di fatti autentici) ricorda al *chap.* 6, *vol.* 2, *pag.* 150 il caso lacrimevole di una cameriera condanoata a severa pena per un preteso furto domestico sul fondamento della reperizione presso di lei di oggetti pretesi furtivi, mentre essa era del tutto innocente.

§. 2273.

Altra difficoltà nella pratica applicazione della pena del furto incoglie per la frequenza di dovere giudicare in un solo tratto *più successivi* furti: ed ora doverli giudicare rimpetto allo stesso colpevole, ora rimpetto a diversi. La prima combinazione porta imbarazzi nella teorica della continuazione; la seconda nella teorica della complicità.

§. 2274.

Per la teorica della continuazione (1) nascono inciampi a motivo dei criterii misuratori della penalità i quali facilissimamente s' incontrano differenti nei più furti che si vogliono unificare col dichiararli *continuati*. Di qui nascono tre distinti problemi — 1.° Quando dei più furti continuati alcuni siano *consumati;* ed altri solo *tentati* (2) — 2.° Quando dei medesimi alcuni siano *semplici* ed altri *qualificati* (3) — 3.° Quando in ragione delle somme del tolto ciascuno dei furti non porterebbe che a carcere, ma *sommandoli* porterebbero a reclusione, o casa di forza.

(1) La pratica ho già più volte notato come fosse larghissima quando trattavasi di dichiarare la continuazione per minorare la imputazione del furto, laonde non si esitò mai a dichiarare *continuati* diversi furti benchè commessi a diversi intervalli e contro diverse persone purchè in qualche modo potesse dirsi che era un effetto di una sola risoluzione: Giurba *consilia criminalia cons.* 93.

(2) La combinazione del furto *consumato* col furto *tentato* si contemplò dalla Cassazione di Firenze (*Annali di giurisprudenza XVI*, 1, 1113) e ammise si misurasse la pena sul consumato avuto un riguardo entro i limiti legali della quantità al furto tentato. Altra volta aveva insegnato (*Annali Toscani XVII*, 1, 596) essere violazione di legge lo applicare una pena per il tentato ed un' altra pena per il consumato, sotto il pretesto che non sia offesa la stessa legge da entrambo i furti perchè l' uno incontra l' articolo che punisce il tentato e l' altro lo articolo che punisce il consumato. È troppo frequente lo errore di credere si debbano applicare le due pene, e non la sola pena del delitto continuato per l' accidentalità di due titoli diversi emergenti da due *atti* che fanno parte della medesima *azione*. Ma sarebbe non meno erroneo a parer mio il supporre che quei due atti per l' accidentalità di un difforme titolo costituiscano sempre un delitto continuato quando non lo sarebbe per le altre condizioni. È sempre un delitto unico. Cajo entrò in *chiesa* e rubò *due cose sacre*: ecco tutti d' accordo a dire che è un *furto unico*. Ma se invece rubò una *cosa sacra* ed una *cosa non sacra* ecco alcuni che dicono, abbiamo due titoli, due leggi diverse; dunque dobbiamo dare *entrambo le pene*, quella del furto sacrilego e quella del furto non sacrilego: primo errore. Altri combattono tale errore; ma dicono, il diritto offeso è lo identico, dunque dobbiamo dare *una sola* pena, ma aumentata per la continuazione: secondo errore. Non vi è luogo nè alle due pene, nè alla pena aumentata, perchè è un *furto unico*. Se la accidentalità che nella sottrazione di uno degli oggetti rubati sorga un titolo meno grave portasse ad impedire d' infliggere il *minimo* della pena deducendone la continuazione, si andrebbe allo assurdo intollerabile che lo agente incorrerebbe pena maggiore per aver fatto cosa meno grave. Dove la conseguenza è assurda, la interpetrazione non può essere dubbia.

(5) La combinazione del furto *qualificato* col furto semplice si contemplò dalla Cassazione di Firenze (*Annali Toscani XIII*, 1, 646) decidendo doversi applicare la pena del furto qualificato accresciuta entro i suoi limiti pel furto semplice. Ma tale precetto vale quando trattasi di due furti distinti, unificati per la continuazione. Se però trattisi di un solo furto che in parte sia semplice e in parte qualificato disse la Cassazione medesima (*Annali Toscani XVIII*, 1, 647, 648) non essere obbligatorio lo aumento e potere il giudice applicare la pena del furto qualificato anche nel *minimo* della medesima. E ciò a buona ragione: poichè se il giudice avrebbe avuto balìa d' infliggere il *solo minimo* quando *tutto il furto* fosse stato qualificato, sarebbe assurdo gli si negasse tale balìa perchè il furto in parte fu semplice: ed è un errore, come ho detto nella nota precedente, quello di coloro che credono trovare applicabile la teorica della continuazione in due sottrazioni commesse nello stesso contesto di azione unicamente per l' accidentalità che dall' una sorga il titolo di furto qualificato e dall' altra il titolo di furto semplice: malgrado ciò si ha sempre un furto unico quando le più sottrazioni avvengano contemporaneamente nello stesso luogo: *Annali Toscani XVII*, 1, 451. Vedasi ancora *Annali Toscani XX*, 1, 146.

§. 2275.

La soluzione del terzo problema (intorno al quale già esposi la mia opinione al §. 1477, e al §. 2064) riflette sulla soluzione dei due precedenti. Stabilito il cardine che la continuazione debba sempre riuscire ad effetto *diminuente* della pena, è con questo principio che debbono sciogliersi tutte queste combinazioni. In sostanza deve sempre farsi il confronto tra gli effetti della dottrina regolatrice del *cumulo delle pene* e gli effetti della dottrina della

continuazione, e sciogliere il dubbio sempre in quel senso che mena ad un risultamento più mite (1).

(1) Ciò può impugnarsi in faccia ai dettati apertamente contrarii di qualche legge positiva speciale: Herbst *decisioni. fondamentali* §. 179. Ma tranne questa necessità la regola benigna deve sempre prevalere. La sostenne il Glaser in apposita dissertazione nell' *Eco dei Tribunali* n. 1465. Vigevano in Toscana regole pressochè identiche sulla continuazione anche prima della pubblicazione del codice e sotto lo influsso della legge del 24 febbraio 1821: *Annali Toscani XIII*, 1, 205; *e XV*, 1, 225. Che poi la continuazione ancorchè realmente concorra non debba valutarsi quando la somma dei valori porterebbe la pena alla specie superiore, lo stabilì in termini la decisione inserita negli *Annali Toscani XXI*, 2, 687, 688; e ciò si dimostrò coerente alle antiche pratiche toscane dall' altra decisione che trovasi negli *Annali Toscani XV*, 1, 160. Dove in un Regno esistano diverse legislazioni può ancora svolgersi il problema sulla penalità da applicarsi quando le successive sottrazioni sebbene commesse in luoghi diversi presentino il carattere di *continuate*. La regola generale per cui deve sempre applicarsi la pena del luogo del commesso delitto vale anche in tema di furto: Hartmann *observat. pract. additae ad* Vumrser *lib.* 2, *tit.* 50, *observ.* 8, *n.* 13, *pag.* 432. Ma questa regola non scioglie il problema nel caso misto. Parimenti nel caso di *mandato a rubare* se il furto sia commesso in altro *luogo* o in un *tempo* successivo in cui per avventura sia sopraggiunta legge diversa, s' insegna doversi applicare anche al mandante la legge del *luogo* e del *tempo* che investì la *esecuzione* del mandato. Ma questo rientra nelle regole generali della complicità e del mandato: ed è questione relativa alla generalità esaminata specialmente dallo Hermann *commentatio ad art.* 159, *C. C. C. pag.* 26, 27.

§. 2276.

La teorica della complicità produce combinazioni singolari pur esse quando in un furto od in più furti successivi siano intervenute più persone *senza comunanza* di bottino. Quando nel preconcetto dei ladri il bottino doveva esser comune, e d' altronde la *scienza* respettiva comunica le aggravanti materiali, il caso è semplice: i criterii misuratori della penalità procedono uguali per tutti salvo il calcolo della respettiva qualità di autori o di complici. Ma dove non fosse comunanza di bottino può nascere il dubbio. Suppongasi che tre mariuoli sono andati insieme in un uliveto intesi già che ognuno avrebbe fatto suo *pro speciale* della propria destrezza, senza partecipazione del compagno. Finchè si guarda il caso nel punto di vista della corresponsabilità si potrà dire benissimo che tutti sono a vicenda complici l' uno dell' altro in quanto si sieno vicendevolmente instigati, ed in quanto si siano incoraggiati l' un l' altro nella perpetrazione del reato; sicchè sonosi aiutati *ope et consilio*. Ma quando poi guardasi il caso sotto il puntò di vista della *solidarietà* nella pena mi sembra difficile che la medesima si possa trovare dove non fuvvi solidarietà nel guadagno (1). Ognuno rubava per conto proprio: Cajo più svelto rapì un sacco di olive; Tizio e Mevio più inerti ne raccolsero appena uno staio per ciascheduno. Seguendo il principio della solidarietà dovrebbe farsi un cumulo del valore del tolto da ciascuno dei tre, e sul coacervo misurare la pena. Reietta la solidarietà Tizio vedrà misurare la sua pena come

autore sullo staio di olive che si appropriò, e Cajo sul valore del sacco di olive di cui si arricchì. Tizio potrà inoltre esser punito come complice del furto di Cajo, e Cajo del furto di Tizio: ma potrà avvenire altresì che le due pene di autore e di complice restino inferiori alla unica pena di correi calcolata sul valore complessivo dei due o più furti: ed ecco lo interesse della ricerca. Io penso che nel reato di furto la unificazione del giudizio e la contemporaneità della esecuzione rimangano *accidentalità* senza influsso sulla misura della pena sotto il rapporto del criterio desunto dal tolto. Per avere la vera *societas criminis* bisogna che i delitti siano risoluti nello *interesse comune*. Mancando ciò infatti restano *principaliter* giuridicamente sconnessi. Vi sarà una connessione giuridica tra la *persona* di Tizio e il *fatto* di Cajo, e tra la *persona* di Cajo e il *fatto* di Tizio; nel che sta appunto la respettiva complicità. Ma tra *fatto* e *fatto* non vi è connessione, e non se ne possono sommare i resultamenti per farne un tutto od *unità* giuridica che porti a più severa punizione (2).

(1) La conclusione che qui accetto non è come a prima giunta parrebbe in contradizione a quello che sopra esposi in ordine alla possibilità di punire come complice del furto da altri commesso anche chi non era per avere *parte nessuna nel lucro:* questa proposizione (che si consolida ancora con la *l.* 50, §. 1, *verb. inimicitiarum caussa ff. de furtis)* porta alla conseguenza che il partecipe senza lucro proprio risponda del furto calcolato sulla somma integrale, laddove il partecipe per lucro proprio senza comunanza di bottino risponderebbe del furto calcolato soltanto sulla somma parziale del tolto da lui. Ma le due proposizioni sono ugual-

mente solide e non si contradicono, perchè nella ipotesi che faccio al presente luogo non si ha un *unico furto* a cui più persone partecipino; ma si hanno più *furti distinti* ai quali vicendevolmente i due respettivi autori intervengono come complici.

(2) Vedasi Weittenau *cons.* 11, *n.* 100.

§. 2277.

Molte altre speciosissime questioni pratiche vengono a sorgere per le combinazioni di più furti successivi e di più e diverse persone che abbiano alternativamente preso parte all'uno e non all'altro. Per esempio la circostanza aggravante che intervenne in un primo furto (effrazione) informa essa agli effetti della penalità anche tutti i successivi nei quali non fu materialmente ripetuta, ma sempre servì di mezzo a consumarli? Se informa tutti i successivi rispetto a colui che la pose in essere nel primo furto e poscia ne trasse profitto per consumare i successivi senza ripeterla (perchè l'uscio era sempre rotto) l'informerà essa anche a carico del novello socio che al primo furto nel quale fu eseguita era affatto estraneo, ma che scientemente ne approfittò intervenendo nei furti successivi? Ma è forza che io mi arresti per non immergermi in una casuistica senza fine.

CAPITOLO VIII.

Furto improprio.

Idea e contenuto di questa nozione.

§. 2278.

I romani non usufruirono la distinzione tra furto *proprio* e furto *improprio* (1). Essi riferirono e parificarono al titolo di furto molti fatti che noi oggi specializziamo con titoli differenti; e molti altri, nei quali trovarono la mistione del falso, confusamente designarono col nome di *stellionato*. Ma la pratica sentì il bisogno di distinguere e specializzare più nettamente a causa dello esorbitante rigore introdotto nella penalità del furto. E come al fine di diradare le applicazioni di pene troppo severe sovente si afferrò a distinzioni anche prive di solido fondamento, così più alacremente potè propugnare una distinzione che procedeva da una verità ontologica, qual è quella del delitto *proprio* e del delitto *improprio*. Ogni ente (e così ogni delitto) deve avere certi caratteri essenziali che lo costituiscono. Quando *tutti* cotesti elementi ricorrono nel maleflzio, esso è *proprio*, cioè intero, completo nelle sue condizioni ontologiche. Quando poi alcuna di tali condizioni gli manchi, restandogli le altre (senza che alla deficiente sia sostituita una diversa che faccia degenerare l' ente o il delitto in diversa specie) si

disse *impropriata* la nozione, cioè non completa, non intera nei suoi elementi costitutivi. Poscia procedendo sul principio che quando la legge impone una pena ad un fatto deve aver contemplato il fatto nel suo modo di essere completo, sfruttò largamente quella osservazione (2) insegnando che la pena ordinaria poteva irrogarsi soltanto ai relativi delitti nel caso che fossero *proprii;* ma quando per il difetto di un qualche elemento erano *impropriati,* doveva scendersi ad una pena straordinaria e più mite.

(1) Questo punto di storia è positivo. Ma se i Romani parificavano al *proprio* il furto che noi chiamiamo *improprio,* può egli affermarsi che anche a questo ultimo i Romani adattassero la distinzione tra furto non *manifesto* e *manifesto* duplicando in questo secondo caso anche la pena dei furti improprii? Non mi è riuscito incontrare alcuno scrittore che esamini questo dubbio; e non lo tocca neppure il Gahbler nella dissertazione *de flagranti delicto ex juris Romani praeceptis Bonnae* 1851, ove precipuamente svolge la dottrina del furto manifesto Romano, e le ragioni della medesima. Intorno a queste noi tentammo di sopra (§. 2048 nota e §. 2110) le nostre congetture. Il Gahbler crede trovare la ragione della pena maggiore del furto manifesto 1.° — nel sentimento della *vendetta* che è più vivo quanto più il delitto è presentaneo — 2.° nella *certezza* maggiore della reità. Ma queste due ragioni non ci sembrano serie; perchè non può ammettersi che la sapienza Romana volesse proporzionare le pene al sentimento della vendetta privata; nè ravvisare una diminuente nella incertezza delle prove. Più felice è il Gahbler nella confutazione degli argomenti altrui: e bene dimostra falsa la opinione di Montesquieu che il rigore Romano contro il furto manifesto affermò desunto dalle leggi spartane: falsa la opinione di Cujacio il quale congetturò si volesse premiare la diligenza del proprietarii: falsa la conget-

tura di Feuerbach che affermò esser maggiore l'audacia del ladro sorpreso in flagranza, laddove invece costui mostrasi meno accorto e perciò meno temibile; nè in lui è prova di audacia la casualità di essere stato sorpreso; e bene dimostra come cadesse in equivoco il Feuerbach quando credette appoggiare la sua congettura sull' autorità di Gellio *noctes atticae lib.* 20, *cap.* 1. Ma se noi pienamente aderiamo alle confutazioni che porge Gabbler delle congetture altrui, non ci sentiamo peraltro persuasi di quelle da lui tentate; e poichè dobbiamo appagarci di congetture teniamo la nostra.

(2) Così abbiamo trovato il parricidio *improprio*, il famulato *improprio*, il ratto *improprio*, e simili. La differenza che passa fra caso *improprio* e caso *misto* dipende da questo che nel primo vi è mera deficienza di un qualche elemento nel secondo vi è sopravvenienza di una qualche circostanza modificatrice della condizione ordinaria.

§. 2279.

I pratici applicando questa distinzione al reato di furto considerarono che l'oggettivo del furto consiste nella violazione del diritto di *proprietà* e del *possesso:* e da ciò conclusero che ogni qualvolta si violava la *proprietà* altrui per animo di lucro, senza però violare il *possesso* (perchè il proprietario già ne fosse in quel momento privato) mancava al furto uno dei suoi elementi e precisamente quello del violato possesso; e così doveva il fatto (senza toglierlo dalla classe dei furti per la perseveranza degli altri elementi) dirsi *furto improprio* e punirsi più mitemente, o per lo meno disapplicarne quelle circostanze aggravanti che al solo furto *proprio* dovevano referirsi. Questa distinzione, come ognuno vede, non è una vana sottigliezza: essa, benchè ignota

ai romani, obbedisce ad una verità ontologica, ed offre distintissima difformità così giuridica come politica tra caso e caso. Difformità *giuridica;* poichè diverso nei due casi è il diritto leso: difformità *politica,* perchè grande differenza intercede fra il disturbo che genera nella opinione della sicurezza il fatto audace del vero ladro, e quello che reca un'azione della quale non può (nella maggior parte dei casi) rimaner vittima il proprietario se non per troppa sua correntezza, o trascuranza, o credulità (1). Che se ancora in qualche caso di furto improprio avviene (come vedremo) che nella penalità sia piaciuto di stabilire una adequazione, non per questo può dirsi inane il distinguere ciò che per sua natura è distinto; e il distinguere produce sempre utile frutto sotto il punto di vista delle qualifiche.

(1) La distinzione tra furti *proprii* e furti *improprii* si chiamò infelicissima dall'Erhard (*de notione furti pag.* 135) perchè a suo dire ciò che è *furto improprio* non è *furto.* A tutto rigore di termini può essere esatta simile censura. Ma a che conduce? Sarà verissimo che il furto improprio non è furto; e non lo è, perchè gli manca lo elemento della contrettazione *invito domino* ed il carattere essenziale della violazione del *possesso.* E perciò bene ha fatto la scienza moderna ad attribuire a codesti singoli fatti, che non sono furti, un nome speciale che l'uno dall'altro distingua, e che tutti li distingua dal vero furto. Ma quando vi è bisogno di esprimere con una sola parola tutta la famiglia alla quale coteste figure appartengono, non potendole chiamar furti perchè non sono, bisogna bene usare un vocabolo che tutte simultaneamente le comprenda, e che ricordi la negazione costante dei completi requisiti del titolo di furto che a tutti loro resta comune: è questa una neces-

sità dello espositore. Laonde poichè una pratica secolare aveva ormai dato a quella famiglia il nome di *furti improprii* (sia pure con minore esattezza) noi abbiamo amato meglio riprodurre quel nome, che può dirsi classico ed è inteso da tutti, anzichè rimanere nel innominato che genera oscurità, o creare un nuovo nome a capriccio. La impropriazione del furto ha tutto il suo criterio in una condizione *giuridica* della cosa; e niente valgono a questo fine le condizioni *materiali* della medesima. Laonde noi dicemmo a §. 2028 che il furto anche delle cose *intangibili* è furto proprio (come quello del gaz) quando la cosa sebbene intangibile può essere nel dominio e possesso dell' uomo; e può esservi tutte le volte che malgrado la sua intangibilità è cosa *corporea*, come osserva Wittewcen *de notione furti pag.* 15.

§. 2280.

Il concetto generale che impropria il furto è dunque quello della violazione del diritto di *proprietà* non accompagnata dalla violazione del *possesso*. La distinzione è tutta *nozionale* e indispensabile alla esattezza scientifica: ma non può dirsi come altre distinzioni, inerente alla penalità o influente in un modo assoluto sulla medesima: avvegnachè niente ripugni che ad un furto improprio si applichino in certe odiose condizioni le pene del furto proprio. Così troveremo che la *frode* è punita alla pari del furto semplice; e che la *truffa* con baratteria è punita alla pari dei furti qualificati. Ciò nonostante la impropriazione della nozione il più delle volte modifica la quantità del delitto e mitiga la penalità. Ma si abbia sempre ricordo che ciò niente muove nel metodo nostro, perchè il principio cardinale di cui parecchie volte abbiamo fatto solenne

professione, si è che la penalità sia un *contingente esteriore* del delitto: e che la nozione del medesimo non debba mai desumersi da questo criterio prepostero, ma dalle condizioni essenziali del fatto per le quali si richiama alla vera sua specie. Punisca (1) il legislatore questo o quel fatto come par meglio alla prudenza sua; il fatto per cotesto non muta; esso rimane sempre quello che è.

(1) Anche sulla penalità del furto improprio influisce il *valore* del tolto. La regola che anche il furto di cosa *minima* sia furto (§. 2026 — Eckoldo *compendia pandectarum pag.* 1225, *et* 1226, *n.* 6 — Arumaeus *disputationes pag.* 1014 — *Annali Toscani XVI,* 1, 144) vale anche nel furto improprio. Alcuni codici moderni procedendo cou un metodo particolare di classazione, come lo Austriaco il Friburghese e il Bavaro del 1861, hanno distinto fra delitti e contravvenzioni, e danno quest' ultimo nome alle sottrazioni che rimangono al disotto di un certo valore. È chiaro da ciò che la classe delle contravvenzioni nel codice Austriaco procede (almeno in parte) da un criterio razionale desunto dalle intrinseche condizioni del fatto che niente ha di comune tranne l' accidentalità del nome col criterio irrazionale desunto dalla *pena*. Le *degradanti* che emergono dalla minorata *forza morale soggettiva* del malefizio procedono senza dubbio nel furto improprio come nel proprio; e non avvi ragione di eccezzionali considerazioni. Così la età, la demenza, il sordomutismo, e simili, si estendono senza esitazione da caso a caso: e poichè la estrema necessità di fame (§. 2040 nota) esclude la imputazione nel furto proprio, così la esclude in ogni forma di furto improprio. Potrebbe sofisticarsi dove la legge punitiva abbia come in Russia (Guizzetti *principia generalia juris Russiae de delictis et poenis, Koenisberga* 1832, *pag.* 14) dettato uno speciale precetto per ordinare che non si punisca il *furto* commesso per fame: potrebbe insistersi

sulla *lettera* della legge, e osservando che nelle leggi penali le parole debbouo intendersi nel senso *proprio*, desumere una avversativa da simile disposizione. Ma questo dubbio sarebbe futile; sì perchè siamo in materia favorevole, sì perchè ad ogni modo suppliscono le regole generali, a cui non può mai pensarsi che il legislatore abbia voluto derogare quando anzi ha preso cura di convertirle in precetto espresso.

§. 2281.

Il criterio comune a tutti i furti *improprii*, che li distingue dai furti *proprii* (1) essendo adunque il non violato possesso, questa nozione presuppone come sua condizione generale che il possesso della cosa sua, o non si godesse dal proprietario della medesima mentre il terzo se ne rese dolosamente padrone, o che il proprietario si fosse volontariamente spogliato a pro di altri di tale possesso, indottovi dalle costui arti o malizia. Laonde dalle diverse cause per le quali può nascere questa contingenza della separazione del possesso dalla proprietà, derivano spontanee le diverse forme dei *furti improprii*, e la partizione e classazione dei medesimi.

(1) *Ad furtum refertur quando res animo lucrifaciendi intervertitur quidem, sed tamen ex possessione non aufertur:* Leyser *medit. ad pandect. specim.* 537, *medit.* 16.

§. 2282.

Il possesso può essere separato dalla proprietà per quattro cagioni diverse 1.° — Perchè il proprietario siasi spontaneamente a favore di altri dispogliato del possesso di una cosa, riservandosene il dominio.

Questa forma fa nascere i titoli di *truffa, frodata amministrazione,* e *baratteria.*

2.° — Può il proprietario essersi volontariamente dispogliato a favore di altri del possesso al seguito di un inganno o di un artifizio preordinato ad usurpare la proprietà. Questa seconda forma fa nascere il titolo dello *stellionato,* del *falso privato,* e della *usura prava.*

3.° — Può al proprietario esser venuto meno il possesso della sua cosa per averla involontariamente smarrita. Questa terza forma fa nascere il titolo di *furto di cosa trovata.*

4.° — Finalmente può il proprietario non trovarsi al possesso della cosa sua per non averlo mai conseguito sia col corpo sia con l'animo. Qui nasce il titolo della *espilata eredità,* e del *furto del tesoro.*

Su queste linee verrò tracciando la partita esposizione dei diversi casi che la pratica comune referisce alla famiglia dei furti improprii. Ma in sostanza la distinzione radicale ed importante sta in questo: tenuto come carattere comune che nel momento della appropriazione di una cosa il proprietario non ne abbia il possesso, è a guardarsi se il colpevole in un atto di sua malizia sia stato causa egli stesso di quello spossessamento in apparenza volontario, perchè egli abbia indotto a ciò il legittimo possessore con artifizi ed inganni; oppure se quello spossessamento sia stato effetto del caso, o della volontà libera spontanea ed illuminata del proprietario, e il delinquente non abbia fatto che approfittare di tale accidentalità senza averla preordinatamente procurata. Sotto il punto di vista della quantità del reato è

questa la distinzione vitale. Il resto non tiene che alla nozionalità ed alla esattezza della nomenclatura (1).

(1) Recentemente si è agitata in Germania con grande calore la questione se il carcerato il quale evadendo porti seco il vestiario od altri oggetti della pubblica amministrazione si renda colpevole di furto proprio o di furto improprio. Il caso trovasi esaminato nell' *Archivio di diritto penale prussiano di* Goldtdammer *vol.* 1, 1853, *pag.* 91; e da Osenbruggen nella sua *casuistica del diritto penale, Sciaffusa* 1854, *pag.* 170, *n.* 950. Certo è che la non punibilità in certi casi della evasione non può togliere la punibilità della sottrazione, perchè sarebbe contro la regola dettata da Ulpiano alla *leg.* 2, *princ. ff. de privatis delictis.* Ma in quanto alla questione sul *titolo* parmi si debba distinguere. Se lo evaso portò via oggetti dello stabilimento sarà senza dubbio responsabile. Ma in quanto agli oggetti di vestiario non potrà tutto al più rimproverarglisi che un furto improprio. E dico *tutto al più;* perchè a caso semplice finchè avrà ritenuto o gettato via gli abiti carcerarii che ha recato seco perchè coattivamente a lui furono indossati e non poteva spogliarsene senza fuggire ignudo, non sarà debitore di alcun reato perchè in lui mancherà l' animo di lucro. Soltanto sarà punibile quando abbia poscia venduto quei cenci, e il dolo nascerà in lui a questo preciso momento, ma non potrà obiettarsi altro titolo che quello di truffa. E analoga la questione proposta dai Dottori se il desertore si renda reo di furto in quanto al vestiario *che indossa* quando abbandona le bandiere. La questione fu trattata da Engelhard *de jure militum* §. 634: ma il diritto penale militare non entra nell' ambito della mia esposizione. Al contrario fu deciso tra noi (*Annali Toscani XVI,* 1, 1033, 1034) che lo infermo se uscendo dallo ospedale porta via il vestiario postogli indosso nello stabilimento, è reo di furto e non di truffa: e ciò perchè si è

detto che la *consegna non lo rende possessore*. In quanto alle lenzuola ed altri oggetti questo pronunciato sarà verissimo; ma in quanto alle vesti mi permetto di dubitarne. Cosa s' intende egli per *rendere possessore?* S' intende un possesso *uti dominus?* Inteso così *actum est* del titolo di truffa. Si deve intendere di un possesso per un *uso determinato* e transitorio, il quale siasi dal consegnatario invertito col farsi padrone dell' oggetto consegnato o usarne in modo difforme per proprio lucro? Stando ciò, come può dirsi che io non sia *possessore* della camicia datami perchè la indossi finchè dimoro nello stabilimento? Io vi scorgo il vero e proprio *commodato* e il possesso *uti commodatarius:* vi è quella *contrettazione* che i giuristi (Eckold *compendia pandectarum pag.* 1224-25, *n.* 4; *et pag.* 1215, *n.* 4) chiamarono *finta*. Accettato il principio cardinale che la *consegna* quantunque condizionata improprii sempre il furto (Morin *art.* 7843) mi sembrano arbitrarie tante distinzioni e limitazioni sotto il punto di vista della nozionalità. Il concetto ontologico è sempre assoluto. Potrà spaziarsi in più od in meno nella penalità; stabilirsi delle aggravanti: ma il fatto che è quello, è sempre quello.

TITOLO I.

Truffa.

§. 2283.

La parola *truffa* sostituita al latino *offucia* (che derivava da *fucus)* s' introdusse nella pratica penale nei tempi di mezzo (1) e venne fino a noi come costante espressione di una forma speciale di reato contro la proprietà. Modernamente però nel foro Lombardo-Veneto si venne ad usare questa parola in un senso assai difforme per conseguenza

della versione italiana del codice Austriaco colà introdotto. Nello originale alemanno i fatti che nell' antico foro si chiamavano *stellionati,* e che noi chiamiamo *frodi,* vennero designati con la parola *betrug* che significando *inganno* rappresentava esattamente il concetto. Ma il traduttore infelicemente voltò il *betrug* in *truffa,* non trovando forse la parola *frode* che meglio avrebbe corrisposto: e così quando poi venne a voltare la parola *veruntrenung,* che nel codice Austriaco designava la vera *truffa* secondo il concetto universale, vi contrappose la parola *infedeltà* nuova affatto nel linguaggio scientifico. Così mentre in Francia si sono designate le *truffe* con la formula di *abus de confiance,* il codice Austriaco nel veneto ha posto in uso la parola *truffa* in un senso latissimo e quasi direi indefinito. Là oltre moltissimi casi che hanno appo noi speciali denominazioni per altra prevalente oggettività giuridica, si sono noverati fra le truffe certe figure criminose (per esempio la falsa testimonianza) alle quali se bene conveniva il nome di *betrug* designativo di qualsisia reato commesso al mezzo di *menzogna,* non sappiamo comprendere come siasi potuto adattare da quel traduttore il nome di truffa. Anche a questa occasione peraltro noi dobbiamo ripetere che dove s' incontra fra le diverse scuole, o fra le diverse legislazioni una divergenza nella nomenclatura di qualche fatto criminoso, stimiamo nostro debito strettamente aderire a quella tecnologia che troviamo più universalmente accolta dai pratici (2) ed in special modo a quella che è prevalente in Italia, o almeno a quella che fu tra noi prevalente finchè la importazione violenta di codici stranieri

non venne a gettare la confusione anche nel nostro vocabolario legale.

(1) Sul significato originario della parola *truffa* può vedersi Du Cange *glossarium verbo trupha* — Scannarolo *de visitatione carceratorum lib.* 1, *cap.* 5 — Laurentius *amalth. onomastic. verbo trupha*. Ma nella sua origine questa parola indicando un inganno, una finzione qualunque si sarebbe adattata tanto a quella che oggi più propriamente si dice truffa, quanto alla *frode* e allo stellionato. La specializzazione di quel vocabolo ad una forma più particolare di malefizio è dunque tutta moderna. Circa la etimologia e la origine di tale parola ecco cosa leggo nel Toselli (*Cenni sul foro criminale bolognese, Appendice pag.* 205) — « nella « lingua dei Brettoni, e nei Dizionarii loro si legge *truffe*, « truffa, inganno; *truffare*, dileggiare, beffare; *truffa*, sot- « trarre: *truffa*, lusingare, sedurre con lusinghe: nella lin- « gua Basca *trufatza*, io mi burlo: gli antichi francesi ebbero « *truffe*, burla; *truffer* burlare: gli spagnuoli *trufa* burla; « *truffar* deridersi. Il Cormon *sobrino aumentado*, la « vuole voce dell' antico italiano, senza sapere che fu ed è « ancora dell' antico brettone, e francese. In un processo « criminale del 1311 si legge, *in Cappella s. Luciae in « contrata quae dicitur truffa 'l mondo*. Truffa è dunque « vocabolo gallico, o celtico della più remota antichità. E non « solo nel 1311, ma eziandio trovasi usato *truffare* per « burlare dileggiare, ne' documenti più antichi. Nel 1281, « dopo la scacciata de' Lambertazzi, alcuni Geremei venen- « do dalla cavalcata fatta in Romagna e vedendo due Lam- « bertazzi figliuoli di Giacomo Abate alla finestra di una « casa posta nella strada maggiore dicevano: *haec sunt mala « opera, nos imus in cavalcatas et banniti, pro parte « stant in civitate et truffantur de nobis* ».

(2) È però vero che anche fra i pratici si trova spesso usato promiscuamente il nome di furto per designare fatti che sarebbero per noi o frode o truffa: Gargiareo *casus*

militares cas. 39 — Ottone Marco *consilia Argentoratensia pag.* 1803 — Leyser *medit. ad pandect. spec.* 537, *medit.* 9 *et* 10. Può dirsi che la stretta aderenza a questa nomenclatura non si è rigidamente mantenuta in nessun luogo quanto nelle osservanze giudiciali toscane.

§. 2284.

Definiamo dunque la *truffa* — *la dolosa appropriazione di una cosa altrui che si è ricevuta dal proprietario per una convenzione non traslativa di dominio e ad un uso determinato* (1). I criterii *essenziali*, o estremi, di questo reato sono pertanto i seguenti.

(1) Dicesi per un *uso determinato* e non già per conservarla e restituirla al padrone. Perciò sulla cosa data ad altri affinchè la venda per conto del padrone cade vera truffa: come pure in ogni altro caso che non tragga seco l' obbligo della restituzione; per esempio se vendasi il concio che ho consegnato ad altri affinchè lo dia alle piante del mio giardino. È indifferente che l' uso determinato sia a profitto del consegnante (abito dato per raccomodare) o a profitto del consegnatario (cavallo dato per un viaggio). Il caso dell'oggetto dato per vendere si esaminò in termini nel giudicato del tribunale provinciale di Venezia il 26 febbraio 1866: *Eco dei Tribunali n.* 1631. Conseguentemente si ritiene senza esitazione come truffa la appropriazione del denaro consegnato al fine di recarlo ad altri, anche in dono: Klock *cons.* 189, *n.* 4, *vol.* 3, *pag.* 757. Il padrone aveva abdicato dominio e possesso su quell' oggetto e su quel denaro; il terzo non vi aveva ancora acquisito nè dominio, nè possesso. Malgrado ciò è truffa, perchè il padrone conserva i suoi diritti sulla cosa finchè il mandatario la ritiene, e se ne spoglia definitivamente soltanto quando questi l' abbia trasmessa al donatario od al creditore, e questi l' abbia accettata.

§. 2285.

1.° *Estremo* — Che il possesso di una cosa (o *mobile*, o *mobilizzata* dal delinquente per appropriarsela) siasi *trasferito* nel giudicabile dal proprietario. Questo è il criterio generale che impropria il furto. Dove ricorra usurpazione di possesso *contro la volontà* del legittimo detentore non può più esser luogo a parlare di *truffa*. La consegna per parte del proprietario deve peraltro esser fatta *con l' animo di spogliarsi del possesso*. Se taluno conversando con altri gli faccia vedere un oggetto e lo passi in sua mano perchè lo esamini, e costui fugga involandolo, egli non potrà dire di aver commesso una semplice truffa nè un abuso di fiducia, perchè quella momentanea detenzione accordatagli dal proprietario non aveva invertito il possesso della cosa. Questa specialità fu decisa in termini dai nostri tribunali: *Annali Toscani XVII, 1, 1085*. Questa con molto acume si disse dal Forti *(Conclusioni pag. 240)* consegna *materiale* per contrapposto a quella che egli chiama consegna *per fiducia* (1). Il principio ebbe pure applicazione in Francia nel caso giudicato dalla Corte di Cassazione l' 11 gennaio 1867: Morin *art. 8452*. Era un debitore che recatosi dal creditore col pretesto di voler vedere la propria obbligazione se la era fatta consegnare, e immediatamente l' aveva lacerata. Si pretendeva che ciò costituisse un abuso di fiducia, ma i tribunali di Francia non ammisero questo sistema; e fecero benissimo per la ragione sopra indicata. Dissero però che era *furto*, e dovettero dire così perchè le leggi francesi

non conoscono il *falso per soppressione*. Appo noi che abbiamo nella pratica e nel codice che ci governa questo titolo (che a suo luogo mostrerò esattissimo e conveniente) quel fatto meglio che riferirlo al titolo di furto, del quale non esauriva gli estremi perchè il foglio soppresso non era un valore ma una *prova* di obbligazione, lo avremmo riferito al falso. Certo è però che non puo aversi la truffa quando il proprietario serbando la vigilanza personale della cosa sua mostra chiaro non volersene spossessare: e così in termini fu stabilito dai tribunali toscani: *Annali Toscani XIX, 1, 546* (2).

(1) Queste conclusioni del Forti ritraggono al vivo i caratteri che distinguono la truffa dal furto, e mostrano quanto sia inetta la idea francese di definire il *contratto speciale* passato fra consegnante e consegnatário. Non è una od altra indole di contratto quella che costituisce la specialità della truffa. È la consegna fatta *per fiducia* senza traslazione di proprietà. E questa rende minore il delitto (come benissimo osserva Forti) per doppia ragione — 1.° perchè colui che fu vittima della propria imprudente fiducia merita protezione minore dalla legge — 2.° perchè il fatto eccitando minore spavento nei cittadini ha una minore gravità politica. Trattavasi (nel caso esaminato dal Forti e dalla Rota deciso in conformità delle sue conclusioni) di un gioielliere che aveva consegnato un vezzo di perle ad uno sconosciuto il quale mostrava di volerlo comprare, affinchè lo facesse visitare e stimare. Se il gioielliere (osservava Forti) avesse mandato con lo straniero il suo garzone, l'appropriazione di colui sarebbe stato un *furto*, perchè la consegna era materiale, cioè senza fiducia. Ma perchè fuvvi fiducia imprudentissima e così lo stesso leso eccitò la tentazione di delinquere non vi è che truffa.

(2) In tema di furto di cosa sequestrata è evidente che ove la appropriazione si commetta dal terzo consegnatario dell' oggetto, questi non commette che una truffa, perchè abusa di cosa posta in suo possesso per titolo non traslativo di dominio. Se l' oggetto si sottrae da un terzo, si ha vero furto; nè concorderei che la accidentalità di essere la cosa posta sotto la mano della giustizia inverta il titolo del reato in quello di violazione di deposito che piacque a taluno, e nemmeno che ne derivi una qualifica del furto. Ma una questione elegante si presenta nel caso che i terzi i quali sottrassero al sequestratario la cosa avessero per una convenzione regolare acquistata la medesima dal proprietario a cui danno era stata sequestrata. È certo che ciò non toglie il reato; e che i terzi acquirenti e sottrattori (se agirono scientemente) sono partecipi del medesimo. Ma la questione nasce (e in questi termini si presentò alla Corte di Cassazione di Francia il 1 marzo 1867 : Morin *art.* 8461) sul punto di determinare qual sia il *momento consumativo* del reato; se cioè siasi consumato col *patto* o con la *sottrazione*. Se si consuma con la sottrazione ne deriva duplice conseguenza giuridica: — 1.° che la convenzione fra il proprietario ed i terzi non fu che un tentativo — 2.° che i terzi sottrattori sono i soli *autori* del reato, e il proprietario che a loro vendette non è che un *complice*. La Cassazione di Francia parve opinare che il reato a termini dell' art. 400, §. 4 del codice penale Francese riformato nel 1863, si fosse consumato con la convenzione di vendita, e che così il debitore passivo del sequestro fosse autore principale del delitto quantunque non avesse preso parte alla sottrazione. Ma se ciò potè dirsi per la disposizione speciale di quella legge positiva, non potrebbe dirsi ugualmente in faccia alla scienza. Ciò che trovo notabile in tema di rottura di sequestro si è che mentre è certa la non perseguibilità del furto commesso tra marito e moglie, la giurisprudenza francese (Morin *art.* 8083) ha ammesso che il marito (malgrado l' art. 380) possa essere responsabile criminalmente per la rottura di

un sequestro fatto a carico di lui nell' interesse di sua moglie. Sulla questione se lo asporto della cosa sequestrata commesso dal debitore apertamente a dispetto del custode di sequestro sia furto, leggesi apposita dissertazione nell'*Eco dei Tribunali anno* 1861, *nn.* 1172-1173. Nelle vecchie pratiche nostre si sarebbe trovato in ciò una *ragion fottasi.* Il codice Toscano all'art. 405 lett: *a* ha troncato le dispute, noverando questo fatto speciale tra le frodi insieme col furto del pegno, ma sottoponendolo però alla pena della truffa.

§. 2286.

2.° *Estremo* — Che la convenzione traslativa del possesso non fosse altresì *traslativa di dominio:* poichè in codesto caso l' appropriazione della cosa essendo la esecuzione del contratto, non potrebbe più presentarne la *violazione*. Indefinita (almeno in faccia alla scienza) e vastissima è l' applicazione di questi termini ai diversi contratti. Il depositario, il comodatario (1) il locatario che si appropri la cosa mobile locata, comodata, o depositata: il colono che venda i buoi senza consenso del domino: il frantoiano, o mugnaio, o qualunque artefice che si appropri i generi consegnatigli per una lavorazione: il vettore che si appropri le cose dategli per un trasporto: e chiunque in generale, dopo aver ricevuta una cosa dal padrone per farne un uso determinato, della medesima si valga altrimenti a suo lucro usandone come padrone, commette la *truffa*. Giuliani ed altri elevarono dubbio sul contratto di *pegno*, e il dubbio nacque in ragione del *diritto* che ha il creditore sulla cosa oppignoratagli. Ma il dubbio non sembra solido perchè un *diritto* sulla cosa ve lo hanno tutti i consegnatari anche per altri

contratti; nè ciò impedisce che dallo abuso fattone a proprio lucro sorga la *truffa*, perchè il diritto che ha il creditore sul pegno è un diritto ben diverso da quello di proprietà; sicchè se vende la cosa inverte l' uso per cui gli era stata consegnata, ne usurpa il dominio, e si rende debitore di truffa. Puccioni introduce in questa disputa una distinzione la quale è sottile ma parmi esatta. Esso distingue fra pegno che abbia un *valore equivalente* al credito, e pegno che abbia un *valore superiore* al credito: e dice che il creditore vendendo il pegno rendesi debitore di truffa soltanto fino al valore superiore al suo credito; ma a concorrenza di questo non commette che una *ragion fattasi.*

(1) Esiste divergenza fra i codici moderni intorno alla definizione del contratto. Per me qualunque contratto traslativo di possesso senza traslazione di dominio, quando abbia dato occasione alla appropriazione indebita, fa sorgere il reato di truffa, o abuso di fiducia come voglia chiamarsi: pure ad alcuni legislatori parve diversamente, e dichiarando reato lo abuso della consegna ricevuta per certe cause giuridiche, lo negarono nella consegna fatta per altre cause. Così il codice Francese del **1810** non aveva noverato fra i casi di abuso di fiducia la consegna fatta per comodato: ve la incluse la riforma del **15** maggio **1863.** La tassativa definizione di qualche speciale contratto ha implicato parecchie volte la soluzione dei casi pratici. Si disputò in Francia (Morin *art.* 8058) se il creditore rimasto per fiducia del suo debitore nel possesso di un *pagherò rinnovato*, quando lo abbia rimesso in circolazione si renda colpevole di *frode* (scroccheria) o di *truffa* (abuso di fiducia). La frode non vi è perchè il creditore non ha usato artifizi e raggiri onde restare in possesso di quel foglio spontaneamente lasciatogli dal debitore per sua dab-

benaggine. Ma faceva difficoltà l' osservare che quel rilascio di foglio non poteva dirsi un *contratto* che poi si fosse violato. Si disse che era un *mandoto*. Ma qual mandato? Il mandato di lacerarlo? Val meglio non impegnarsi, quando si definisce la truffa, nella designazione di uno od un altro contratto. Dite consegnato per *un uso determinato* e si elimina ogni sofisticheria. Una specialità assai broccardica la presenta il caso del debitore che furtivamente sottragga (e così contretti) la cosa *propria* data ad altri in pegno. Si occuparono di tale ipotesi anche le leggi romane, *leg.* **12**, **§. 12**, *ff. de furtis; l.* **14**, **§**. *4*, *ff. eodem:* sulle quali è a vedersi Jensio *stricturae jur. Justinianei, Rotterodami* **1749**, *pag.* **489**. Spesso i pratici lo definirono *furto* quantunque si fosse contrettata la cosa propria (Asinio *de religiosis n.* **16**, *pag.* 85) ravvisandovi il *furtum possessionis*. Nelle vecchie pratiche toscane dicevasi *furto improprio (Annali Toscani XV,* **1**, 386) lo che allarga la idea del furto improprio applicandola tanto al caso in cui si violi la proprietà senza violare il possesso quanto se il possesso senza violare la proprietà. Questa tesi si sviluppò e si mise in sodo con la sua consueta nitidezza dal Forti in una conclusionale avanti la cessata Rota Fiorentina, la quale vi aderì pienamente col giudicato del 10 settembre 1834: si vedano le conclusioni del Forti pubblicate dal Cammelli a *pag.* **251**. Heineccio *(Elementa juris Germanici tit.* **2**, *lib.* **2**, **§**. 33) opinò che il *furtum possessionis* si conoscesse anche dalle leggi barbariche argomentandolo da una disposizione della legge dei Visigoti. Ma questa è la unica fra le leggi barbariche che ne dia cenno: e sappiamo che la legge Visigota s' informò, a differenza delle altre, alle tradizioni del giure romano. In ordine al creditore che vende il pegno ne fa argomento in faccia al giure romano di speciale disputa Arumeus *disputat.* **24**, **§**. 5, ed Ortega *Pithanon Labeonis, Salmanticae* **1688**, *pag.* 315, *n.* **20**, *et seqq.* ma su ciò ho proposto di sopra (**§. 2286**) la soluzione. È a vedersi su questa figura Morin *art.* 8404. Analoga questione sorge in ordine al proprietario depositante che sot-

tragga una somma di danaro da lui consegnata al depositario: vedasi Morin *art.* 8156. O ciò si fa apertamente pel fine di stornare indebitamente il deposito; ed allora noi vi troviamo la ragion fattasi: o ciò si fa occultamente pel fine di costringere il depositario a restituire il valore, e potrà aversi un furto improprio: codice Toscano art. 404, §. 1, lett. *e*. Se però la consegna era stata fatta non a titolo di deposito ma a titolo di mandato, e trattasi non di cosa che rimane nel dominio del mandante ma bensì di una *somma* che fosse stata data al mandatario per acquistare oggetti a servizio del mandante, trasferendosi per virtù del contratto nel consegnatario il dominio del denaro, il furto (quantunque commesso dallo stesso mandante) si rende proprio. Circa gli abusi di fiducia commessi tra i *socii* vedasi il caso riferito da Morin *art.* 8271; e circa quelli commessi dal coerede gli *Annali Toscani XIX*, 1, 638, 639.

§. 2287.

3.° *Estremo* — Che la cosa sia *mobile* (1) o renduta mobile da chi ne ha usato contro il contratto quantunque nel momento della consegna fosse immobile o per natura, o per destinazione. Se un immobile affidato alla mano altrui si venda come tale (a modo di esempio) dal colono, o dall' inquilino, non sorge il titolo di semplice truffa, ma di *stellionato*. È a notarsi che in questo caso mentre il soggetto passivo del delitto sarebbe sempre come nella truffa la *cosa* venduta, diverso però ne sarebbe il *paziente;* e così ne diversificherebbe l' *oggetto*. Mentre nella truffa l' *oggetto* del reato principalmente si guarda nel diritto del *proprietario* che si è leso col vendere la cosa di lui mobile o mobilizzata, per la ragione che nelle cose mobili il possesso equiva-

lendo al titolo si è fatta abilità al terzo acquirente di renderla sua a danno del vero padrone; nello stellionato invece si ravvisa il suo oggetto nel diritto del *terzo* che si è leso col vendergli cosa di cui non si aveva abilità di renderlo padrone. Ciò tiene alla diversità degli effetti civili dell'atto, perchè al proprietario dello stabile indebitamente alienato rimane sempre salva la *vindicatio* (2) mediante la quale conduce l'acquirente alla perdita del prezzo sborsato. Perciò la misura della quantità del reato si determina nel primo caso secondo il *vero valore della cosa* venduta: se il truffatore riuscì a vendere per cento una cosa che valeva soltanto dieci egli è reo di una truffa del valore di dieci. Nel secondo caso all'opposto la misura della quantità del reato si determina sul *prezzo ricavato:* chi vende dolosamente per il prezzo di dieci lo stabile altrui che valeva cento è debitore di uno stellionato di dieci e non di uno stellionato di cento.

(1) Una questione singolare si presentò a termini del codice penale Austriaco nell'anno 1863, che diede luogo alla discussione riprodotta nell'*Eco dei Tribunali n.* 1303. Alcuni creditori ipotecarii denunciarono che il loro debitore andava demolendo una casa ipotecata a loro favore e vendendone i materiali: e perchè i loro crediti non avevano altra guarentigia tranne quella casa, così mostrando la criminosità di quel fatto diretto a danno loro, sostenevano doversi applicare al medesimo il titolo d'*infedeltà*, e come tale punirsi. I tribunali decisero non esservi delitto; mossi principalmente dalla considerazione che *lo abuso della cosa facevasi da chi ne era proprietario.* Forse a quel fatto indubitatamente disonesto e dannoso sarebbe stato meglio adattabile il titolo di *stellionato.*

(2) La *leg. incivilem C. de furtis*, per la quale il proprietario rivendica le cose furtive dal terzo acquirente a buona fede senza obbligo d'indennità, non procede in tema di cose truffate: *Annali Toscani XVI*, 2, 1673.

§. 2288.

4.° *Estremo* — L'atto di *appropriazione* (1) nel quale consiste il momento consumativo della truffa. È speciosa e meritevole di osservazione la figura giuridica che sorge quando è il padrone stesso che ritoglie al locatario, depositario, o comodatario la cosa della quale aveva in lui trasferito mediante tale contratto il possesso. Torna qui a ripetersi lo influsso che ha l' *animo* sulla nozione giuridica dei reati. Se cotesto proprietario riprende la cosa sua con l' animo di stornare il contratto si rende debitore di *ragion fattasi*. Se sottrae la cosa occultamente pel fine di costringere poscia il depositario a pagargliene il valore, egli è colpevole di *furto* improprio: non mai di vero furto, perchè la *contrectatio* non è caduta su cosa altrui; non mai di *truffa*, perchè manca la consegna spontanea del leso: bensì di vera *frode* (come fra poco vedremo) perchè la locupletazione colpevole si fa mediante inganno: cioè simulando un furto dove furto non è, al fine di scroccare dal consegnatario il valore della cosa propria.

(1) Formò argomento di speciale qnestione fra i criminalisti alemanni il caso in cui il consegnatario non alienasse già la cosa affidatagli nè la consumasse a suo pro, ma soltanto la *dasse in pegno*. Due sono le questioni che sorgono da questa ipotesi 1.° Se con *lo impegnare* si commetta la

truffa (*infedeltà* secondo il codice Austriaco; *abuso di confidenza* secondo il francese) — 2.° Se, dato costituisca truffa, lo importo del reato debba valutarsi secondo il valore effettivo della cosa, o secondo il fido ricavatone con lo impegnarla. Tre volte ebbe occasione la Corte Suprema di Vienna di decidere siffatte questioni (vedasi *Eco dei Tribunali vol.* 2, *pag.* 277, *vol.* 5, *pag.* 78; *vol.* 7, *pag.* 121) il 14 agosto 1851, il 7 giugno 1854, ed il 29 luglio 1856. E costantemente decise — 1.° Che fosse truffa (infedeltà) — 2.° Che dovesse valutarsi lo importo del reato sul ricavato dalla impegnatura e non sul valore della cosa. Ma entrambo questi pronunciati eccitarono le censure dei giuristi. La prima proposizione si combattè da Berner (*trattato del diritto penale germanico pag.* 271) il quale criticò anche l'art. 225 del codice Prussiano che espressamente dispone commettersi truffa con lo impegnare la cosa altrui confidata ad altro uso; e da Rulf nella *dissertazione* inserita nell' *Eco dei Tribunali anno* 1857, *n.* 771; *e* 1858 *e n.* 789. Secondo questi eruditi lo impegnare la cosa altrui non sempre equivale allo appropriazione perchè può essersi fatta senza l'animo di appropriarsela e con la intenzione di riscattarla e restituirla al proprietario. Bisogna dunque distinguere con qual animo la impegnatura fu fatta, cioè se con l'animo o no di riscattarla e renderla. Nel primo caso non si ha la appropriazione e per conseguenza non vi è truffa. Essa vi è soltanto nel secondo caso. Questa opinione fu confutata dal Dott. Knepler in una *dissertazione* inserita nell' *Eco dei Tribunali* (1857, *n.* 774) e da altri. Io ne dubiterei in faccia alla scienza (prescindendo sempre da ciò che dipende dal linguaggio speciale dei codici positivi) per due ragioni. La prima è fondamentale, ed è che al *gius di dominio* essendo inerente il diritto di *usare della cosa*, chi ne usa indebitamente esercita un atto di proprietà; e così chi la impegna non può non avere l'animo di usarne come proprietario. Tutta la differenza sta in questo: se siasi voluto usarne come proprietario definitivamente e per tutti i diritti inerenti alla proprietà, oppure se siasi voluto eser-

citare su quella *uno solo* dei diritti inerenti alla proprietà; ma un *atto di appropriazione* vi è sempre. La seconda ragione è pratica, ed è che se si mena buona a chi impegnò la cosa altrui la scusa di aver l'animo di riscattarla e renderla non vi sarà più caso di punizione. Il codice Sassone diede peraltro una sanzione a questa dottrina quando nell'art. 330 minacciò una pena minore (la multa) a chi avesse soltanto impegnato la cosa altrui con animo di riscattarla. Il secondo pronunciato si combatte pure da **Rulf** nelle citate dissertazioni. Esso sottilmente osservò che chi impegnava la cosa altrui non si appropriava indebitamente il danaro perchè il denaro dato a lui era *suo*. L'appropriazione indebita cadeva sulla cosa che veramente era *altrui*, e perciò il reato doveva misurarsi sullo effettivo valore della cosa. Il codice penale Toscano all'art. 396 cumulando la parola *distraendola* con le parole *consumandola*, od altrimenti convertendola in profitto di sè o di un terzo, mostrò chiaro che intendeva la *appropriazione* nel senso più lato, cioè nello esercizio, anche di un solo dei varii diritti inerenti al dominio; e i nostri tribunali insegnarono (*Annali Toscani XVII*, 1, 74) lo impegnare o il vendere la cosa, non essere ciò che impropria il furto, ma lo averla o no ricevuta in consegna. Lascia poi indecisa la seconda questione.

§. 2289.

Lo estremo della appropriazione include per necessità giuridica l'*animo* di appropriarsi. La appropriazione, che nella truffa rappresenta la *contrectatio* del furto, deve risultare da un *fatto esteriore* che giuridicamente costituisca atto di dominio; e dall'*animo* di appropriarsi la cosa. In moltissimi casi cotesto animo risulterà *re ipsa* dall'atto; quando questo sia tale che non possa porsi in essere se non dal padrone: come se si vendè, si consumò, o s'im-

pegnò la cosa altrui. Ma una qualche difficoltà intorno all'*animo* sorge allorquando il possessore senza titolo di proprietà non fa che *usare* della cosa: per esempio, il depositario di un orologio lo va portando addosso e se ne serve: il sartore che ha un abito a racconciare lo indossa e lo logora. Costui vorrà dire che quell' atto non è univoco segno di appropriazione (1) e che tale animo in lui non era, avendo proposito di fare la debita restituzione. Ma codesto schermo non sempre sarà valevole. Quando l' *uso* della cosa del quale lagnasi il proprietario è *quello stesso* pel quale col contratto erasi consegnata la cosa (e così vi sarà unicamente *eccesso* o nel *modo*, o nel *tempo* dell' uso) non potrà parlarsi di delitto: sarà questione d' indennità contrattuale da giudicarsi dai tribunali civili: così colui che prese a nolo una vettura per servirsene fino a Pistoja se prolunghi il viaggio e su quella si conduca a Firenze, non fa atto per le pratiche nostre criminalmente perseguitabile: Poggi *elementa lib. 4, cap. 2, §. 24* — Carmignani *elementa §. 1090, nota 3* — Puccioni *commento vol. 5, pag. 10 e 12.* Ma se il contratto non davagli menomamente la facoltà di *usare* della cosa, non potendo chi usò, per modo alcuno pretendere di desumere tale facoltà dal titolo che gli accorda il contratto, sarà necessità referire codesto uso al titolo di proprietà e ravvisare in colui l' animo di appropriarsi la cosa. Questa conclusione nel secondo tema si appoggia sul responso di Callistrato nella *leg. 69, ff. de furtis.* Il giureconsulto fa il caso del depositario di un anello che se lo sia posto in dito: e lo dichiara reo di furto, poichè (come dicemmo) i romani

chiamavano furto anche la truffa. Tale lo dichiara e soggiunge — *nec refert in digito habeat annulum, an hypotecae datus sit.* Ma nel primo tema sembra ostare Paolo alla *l. 40, ff. de furtis,* ove dichiarò reo di furto colui *qui longius duxerit* i giumenti affidatigli per un determinato viaggio. La rigida massima della *l. 40* era osservata nella pratica romana, come si ha da Valerio Massimo *lib. 8, cap. 2,* e da Gellio *lib. 7, cap. 15;* ma il Bugnyon nel suo aureo libro *legum abrogatarum lib. 1, sect. 64, pag. 218,* osserva che questo frammento è abrogato dalle consuetudini di quasi tutti i Regni. Del resto la prova dell' appropriazione nasce *presunta,* quando il proprietario abbia intimato alla restituzione, e non siasi restituita la cosa.

(1) È indubitato che alla *appropriazione,* cioè all' atto con cui il consegnatario intenda fare definitivamente sua la cosa, equivale lo *abuso* consistente nel *servirsene* oltre il concesso a suo pro. Prescindendo dalla ricerca se in questa od in quella pratica si ammetta il titolo di furto d' uso, per applicarvi le pene ordinarie del furto (Arumaeus *disputationes pag.* 397 — Puccioni *commentario vol.* 5, *pag.* 10) certo è che in faccia alla scienza nel fatto di chi *contretti* la cosa altrui *invito domino* bisogna riconoscere il *furto,* quantunque abbiala contrettata al fine non di appropriarsela, ma di usarne per suo lucro e poscia restituirla: vedi sopra §. 2038. Ma è certo altresì che il *furto d' uso* degenera in *truffa di uso* quando della cosa della quale si abusò senz' animo di appropriarsela si aveva acquistato il possesso per consegna del proprietario, perchè manca là *contrectatio invito domino* che è elemento indispensabile del furto. Qui sta il cardine della distinzione fra truffa e furto. Ma troppo spesso mi pare che siasi dimenticato da coloro che per considerazioni morali

o politiche (le quali sono buona ragione per aggravare le pene, ma sono pessima ragione per falsare il titolo) hanno dato il battesimo di furto a molti fatti i quali non erano che truffe.

§. 2290.

Da ciò si comprende altro essere il *furto di uso*, altra la *truffa di uso*. Chi piglia *invito domino* la cosa altrui pel solo fine di servirsene, e poscia la rende al padrone, è colpevole di *furto* perchè ha spogliato altri del possesso; ma è furto *d' uso* e non di *proprietà*, perchè la cosa fu contrettata al solo fine di usarne temporaneamente, e non al fine di guadagnarne la proprietà. Al contrario chi ricevette la cosa dal padrone non è reo di furto perchè non contrettò *invito domino:* ma se della cosa si valse per un *uso difforme* da quello per cui gli era consegnata, è reo di truffa: è per altro una semplice *truffa d' uso*, perchè colui non volle usurpare la proprietà.

§. 2291.

La truffa oltre al criterio della sua *quantità naturale*, rappresentato dal maggiore o minor *valore della cosa* truffata (1) desume i criterii della sua *quantità politica* dalle circostanze di *persona* e di *modo* e di *causa* della consegna analogamente agli altri reati e per uniformi considerazioni. Laonde nella scuola la truffa si distingue in *semplice* e *qualificata*. E mentre s' insegna che la truffa semplice è delitto di *azione privata*, si considera come delitto di *azione pubblica* la truffa qualificata. La qualifica (2) della truffa in punto di ragione si desume più specialmente o dal *dolo* o dalla *necessità*.

(1) Nella truffa valgono le regole relative alla valutazione del valore del tolto che già largamente svolsi da §. 2046 a §. 2065 in materia di furto. Le diverse teoriche proposte al fine di concludere una formula netta che esprima il criterio sulla valutazione del tolto nel furto e nella truffa si sono riprese novellamente in esame da Temme nella dissertazione *de praetio rei furtuiverite constituendo, Berolino* 1866. Ma le critiche con le quali Temme aggredisce le diverse formule sempre più mi confermano in quella che da me fu proposta. In ordine al criterio fondamentale della *valutazione* certo è che non può esservi diversità tra furto e truffa sebbene possa esservi diversità nella definizione del *tolto* quando la truffa cada soltanto sopra una *parte* di una cosa o sull'*uso* della medesima.

(2) La truffa non ha comuni per regola le qualifiche del furto: molte repugnano alla sua *essenzialità*. Per esempio la *violenza contro le persone* è inconciliabile con la medesima; perchè il criterio distintivo della truffa essendo la abdicazione spontanea del possesso fatta dal proprietario, questo criterio è necessariamente distrutto dalla violenza a cui quello abbia ceduto. Può però disputarsi se ugualmente si denaturi la truffa e ritorni sotto il titolo di furto per la violenza contro le cose. Per esempio: si consegnò ad un facchino un baule chiuso onde lo portasse in un determinato luogo; costui per via lo ruppe e ne involò il contenuto. È desso responsabile di truffa o di furto? I nostri tribunali (*Annali Toscani XXI*, 1, 737) si pronunciarono per il furto. Ma io persisterei a dubitare di siffatta soluzione, perchè la consegna fu spontanea, e mi sembra troppo sottile la distinzione fra consegna del *continente* e consegna del *contenuto*. A quella severa massima io accederei unicamente quando il proprietario avesse accompagnato o comunque vigilato il facchino nel trasporto; perchè allora non vi sarebbe affidamento nè di continente, nè di contenuto. Vedasi la nota 2 a §. 2156, e la nota 1 a §. 2104.

§. 2292.

1.° Il *dolo* qualifica la truffa quando fu precedente alla consegna. Questo criterio si desume dalla cronologia dell' *animo di appropriarsi* la cosa altrui. Se questa prava intenzione precedette la consegna, la truffa dicesi con *dolo ab initio* o *antecedente:* se essa non esisteva precedentemente ma solo nacque dopo che la consegna era fatta, dicesi truffa con semplice *dolo susseguente.* È intuitiva la ragione per cui si considera come moralmente più malvagio e politicamente più grave il primo caso del secondo. In quello si usò una macchinazione, un inganno, simulando il pretesto di un bisogno, o di una occasione mentita per trarre al laccio il proprietario ed indurlo a darci la cosa della quale si aveva in animo di dispogliarlo. Sorgono i veri caratteri della *frode;* e perciò rettamente i moderni codici hanno tolto questo caso dalla serie delle truffe, e lo hanno riportato tra le *frodi* delle quali ha veramente i caratteri. La traslazione del possesso fatta dal proprietario è giuridicamente inefficace; perchè il consenso estorto con inganno non è consenso che abbia legale validità. Cosicchè fu dolosa e criminosa in questo caso la invasione del possesso non meno che la usurpazione della proprietà. Fu criminosa la prima, perchè mediante inganno e simulate intenzioni s' indusse il proprietario a darci quel possesso che dato non ci avrebbe se avesse conosciuto il vero fine per cui ne veniva richiesto: fu criminosa la seconda, nè più nè meno come nella truffa semplice. Sicchè a ragione se ne duplica la quantità. Invece

nella truffa semplice la traslazione del possesso non viziata da dolo fu giuridicamente efficace: sicchè non rimane al reato che la sola violazione del diritto di proprietà. Il colpevole ha ceduto ad un bisogno sopraggiuntogli: la occasione lo ha sedotto. E se il proprietario è rimasto vittima della sua correntezza, questa è ragione per cui si menomi la quantità politica del delitto diminuendosi il pubblico allarme: senza che possa ciò equilibrarsi da una malvagità maggiore del colpevole che abbia con inganno indotto a quella correntezza.

§. 2293.

2.° La *necessità* qualifica la truffa, appunto perchè in codesto caso non può ripetersi ciò che nel precedente si calcolava, cioè che il proprietario deve principalmente imputare a sè stesso se fu corrivo a trasferire in altri il possesso delle cose sue; che è la ragione per cui i terzi poco o niente paventano del delitto augurando a sè medesimi di essere più cauti, e trovando pienezza di tutela nella difesa privata. Ma queste considerazioni spariscono quando il proprietario fu costretto dalla *necessità* (1) a consegnare all' altrui fede le cose sue.

(1) La contemplazione della necessità di consegnare si volle trarre qualche volta ad ulteriori conseguenze. Quando il consegnatario fu un pubblico ufficiale che abusò della consegna a lui fatta in ragione di ufficio, si decise tra noi (*Annali Toscani XIX*, 1, 244) trattarsi di *furto* e non di *truffa*. Io vado d' accordo sulla più severa punizione di questo caso, e vi scorgerei un abuso di autorità o di ufficio a fine di

lucro: ma le condizioni ontologiche del furto non saprei trovarle giammai dove manca la violazione del possesso, e la *contrectatio invito domino*. Abbia più o meno volentieri il proprietario obbedito alla necessità di depositare le cose sue presso il pubblico ufficiale, certo è che vi aderì; o almeno la legge vi aderiva per lui. Del resto la garanzia che abbia il proprietario a danno del quale fu fatta la distrazione dell' oggetto, sembra essere indifferente ad eliminare il titolo criminoso: Morin *art.* 8277.

§. 2294.

Per tale circostanza della necessitata consegna si qualifica la truffa di cui rendasi debitore *(a)* il *sequestratario* che riceve in consegna la roba altrui non per fiducia del padrone, ma perchè il padrone vi è costretto dall' autorità giudiciale; *(b)* il *pubblico sensale; (c)* il *commissionato* di trasporti che storna a suo profitto le cose affidategli in ragione dell' *uffizio; (d)* il *vetturale* (1) e *procaccia; (e)* il *facchino di dogana; (f)* le *guardie di strade ferrate*. A costoro non si consegnano le cose nostre per una fiducia speciale che si abbia nell' *individuo:* non si può scegliere e fare a noi stessi rimprovero della cattiva scelta. Ognuno che venga a sapere le appropriazioni indebite di costoro non può dire a sè stesso, io sarò più cauto, e tranquillizzarsi sulla difesa privata. È una necessità passare per le mani di costoro.

(1) Harpprecht *diss. de jure aurigarum circa delicta;* nelle sue *exercitat. vol.* 1, *diss.* 5. Il codice Sardo (art. 607, n. 3) novera la infedeltà del vettore tra i furti propri; ma più rettamente il codice Toscano (art. 398) la no-

vere tra le truffe, quantunque la punisca con pena uguale a quella del furto. Si dirà da taluno: che importa egli a voi chiamisi sottrazione o furto o truffa, poichè andate d'accordo che anche chiamandola truffa la si punisca come il furto? Importa moltissimo. In primo luogo è brutta cosa che una legge alteri le nozioni della scienza e le verità ontologiche, e chiami orzo l'avena. In secondo luogo importa per le qualifiche. Il vettore che ha distratto le cose fidategli, ha ciò eseguito in compagnia di un suo garzone e in tempo di notte: se il fatto costituisce *furto* vi trovate la qualifica del tempo notturno e delle due persone; se è truffa no. Elegante è la questione se ad avere la truffa aggravata per la necessità della consegna occorra che il vettore eserciti abitualmente tale mestiero: Chauveau et Helie *n.* 3261. È evidente che mancando l'abitudine del mestiero la confidenza di chi gli dà oggetti per trasporto è volontaria e non necessaria, e che perciò l'abuso di chi era anche per mercede incaricato di un trasporto costituisce truffa semplice.

§. 2295.

Per la necessitata consegna si qualifica ancora la truffa *(g)* del *colono parziario* in ordine alla parte dei frutti spettanti al padrone; in ordine ai bestiami, alle paglie, ai conci, ed agli strumenti del fondo, che gli vengano consegnati dal padrone, o che a nome di questo egli raccolga od acquisti. E ciò perchè appunto non può farsi a meno di consegnare a costoro simili oggetti (1).

(1) Trovo però che i tribunali toscani hanno deciso (*Annali Toscani XVIII*, 1, 334; *e XXI*, 1, 414) che il colono non si rende reo di sola truffa, ma di vero e proprio furto se taglia le piante del fondo da lui esercitato per ven-

derle a suo profitto. Ciò si è giudicato per il motivo che la consegna del fondo fatta al colono non importa traslazione in lui del possesso delle piante esistenti sul medesimo. Ammesso questo principio dovrebbe generalizzarsi a tutti i casi della consegna di un *immobile* della quale il consegnatario abbia abusato per togliere allo immobile una qualche sua parte e venderla a proprio lucro: così lo inquilino che venda un uscio della casa locatagli sarebbe reo di furto proprio. A me sembra assai problematica quella decisione e quel motivo. Ma in Francia si va più oltre, e dichiarasi furto e non truffa il fatto del colono che abbandonando il podere porti via le paglie che doveva lasciare al nuovo colono: **Morin** *art.* **7689.** Ammesso il primo mi sembra logico ammettere il secondo. Negato il secondo non mi sembra logico affermare il primo. Del resto in tema di vendita di bestiami i nostri tribunali (*Annali Toscani XIV*, **1, 492**; *e XVI*, **1, 217, 530**) hanno riconosciuto il principio che la essenzialità del reato non varia per le straordinarie malizie od arti usate dal colono onde appropriarsi gli animali fidati: *Annali Toscani XII*, **1, 800**: *e XIII*, **1, 89.** E neppure influisce lo avere o no il colono ricevuto la disdetta del fondo: *Annali Toscani XIX*, **1, 208.** In quanto ai raccolti che doveva dividere col padrone il colono che gli occulti per non darne la parte si rende debitore di truffa, alla consumazione della quale non è necessario attendere che egli abbia distratto o siasi con altro modo appropriata quella porzione di raccolto: basta che l' abbia nascosta in guisa da mostrare l' animo di volerne defraudare il padrone: *Annali Toscani XX*, **1, 539, 540.** Nello Statuto di Bologna (**Monterentio** *sanctiones criminales lib.* **6,** *pag.* **40**) una disposizione speciale colpiva i sottrattori delle uve.

§. 2296.

(h) Il *depositario* per *deposito miserabile.* Dicesi *deposito miserabile* quello che si fa in occasione

d' incendii, di saccheggi, d'inondazioni, di tremuoti, ed altre pubbliche calamità; nelle quali non è dato di scegliere la persona di fiducia, ma nel pericolo del momento è forza consegnare la propria roba al primo che ci cade innanzi.

§. 2297.

In tutti siffatti casi chiaro si scorge che il criterio della qualifica e dell' aumentata quantità del malefizio, è sempre un identico principio: la minorata potenza della difesa privata. Laonde in tutte codeste condizioni non solo si aumenta la penalità della truffa, ma essa inoltre si perseguita a pubblica azione; perchè ingenerandosi per tali condizioni un grande timore in tutti i cittadini, non può lasciarsi in balìa dell' offeso lo arrestare la spada della giustizia (1).

(1) La indole privata dell' azione di truffa rende più efficace lo influsso delle questioni civili. Perciò quando il querelato eleva sulla natura del contratto che si vorrebbe da lui violato una questione civile, i tribunali criminali debbono sospendere il loro giudizio per rinviare le parti al competente tribunale civile perchè decida sulla vera indole di quel contratto: *Annali Toscani XII*, 1, 280, 281 *e* 796. Perciò vige pure la regola che la novazione desunta dallo avere il leso accettato una obbligazione civile estingue il diritto a dare querela criminale. Dissero però i tribunali toscani (*Annali Toscani XII*, 1, 648) che l' accettazione della obbligazione civile porta sempre la presunzione che siasi receduto dall' azione penale sotto la condizione che si adempisse ai nuovi patti: laonde la inosservanza di questi fa rinascere la querela. Sullo influsso della lite civile sulla criminale in materia di truffa vedasi Dolfio *allegationes vol.* 2, *allegat.* 211, *pag.* 481.

§. 2298.

Nella truffa come in ogni altro reato è interessante e non immune da difficoltà determinare il momento consumativo del malefizio per distinguere la truffa *consumata* dal suo *tentativo*. La forma più speciosa di questa ricerca nasce intorno a decidere se la consumazione (1) della truffa abbia per suo elemento essenziale il solo fatto della *distrazione* della cosa confidata da altri: oppure se alla distrazione non ancora operata equivalga il *nascondimento* della cosa fatto col fine di poscia appropriarsela, o distrarla, o comunque usarne a proprio vantaggio.

(1) La questione intorno al momento consumativo del reato di truffa (o abuso di confidenza) fu argomento di un'apposita dissertazione di Jonas *de interversionis natura et consummatione*. La medesima si esaminò ancora nell'articolo di Rondeau inserito nella *Revue Critique vol.24, pag.76*. Pretendesi sostenere che la truffa non si consuma neppure quando si *distrae* l'oggetto, perchè non *consta ancora del dolo*. Evidente confusione di termini. Il dolo è un elemento del reato che vuol essere giustificato anche nel tentativo, ma indipendentemente e come condizione di per sè stante. L'elemento materiale del reato è a cercarsi distintamente e sempre nel presupposto del dolo per cagioni di pura materialità. Si osservò pure che ravvisando la consumazione della truffa nel momento della *negata restituzione* si confondeva la *consumazione* del delitto con la sua prova. Ma anche questa osservazione, talvolta vera, non è assoluta. Quando la *negata restituzione* avviene dopo che già si era consumata una *distrazione*, la negata restituzione sarà la *prova* e non la consumazione del delitto. Ma quando il consegnatario *ritiene* appo sè l'oggetto senza averne fatto abuso, ei

certamente non consuma il reato se non quando nega di rendere. Questo dubbio non solo interessa pei fini del *tentativo*, ma anche per quelli della *prescrizione* dell' azione. Io ti ho prestato un libro per cinque anni affinchè tu te ne serva per tutto il corso dei tuoi studii universitarii: tornato dagli studii io ti ridomando il libro, e tu me lo neghi; ma quando io minaccio di querelarti per truffa tu mi dimostri che lo vendesti allo indomani della consegna, e deduci che coi cinque anni si è prescritta l' azione penale; e poichè la scienza ed ignoranza dell' offeso non influiscono sulla prescrizione penale nel corso suo, così per eliminarla in questa ipotesi non evvi altro mezzo che tentare di portare la consumazione del reato al momento della ricusa, respingendo la inaccettabile formula che la *negazione non sia che una prova*. Ma la Cassazione di Francia (10 gennajo 1868 affare *Virgile*) ha detto che la prescrizione della truffa (abuso di fiducia) incomincia dal giorno in cui il depositario ha in qualsisia modo manifestata la intenzione di appropriarsi e ritenere l' oggetto altrui.

§. 2299.

In molte pratiche vale la regola generale che il proprietario deluso non possa querelarsi di truffa se prima non ha giudicialmente *interpellato* il consegnatario alla restituzione, senza ottenerla. Se questa regola fosse assoluta la questione presente sarebbe recisa, perchè il momento *consumativo* della truffa lo determinerebbe sempre l'atto di giudiciale interpellanza costituente la *mora*. Ma poichè è invalso il principio che della formale interpellanza possa farsi a meno, quando risulti avere il consegnatario posto in essere tali atti che evidente in lui mostrino la prava intenzione di appropriarsi la cosa altrui (1), così viene a farsi luogo al dubbio

circa la definizione di questi *atti* che valgano a costituire l'animo di appropriarsi; per cui la consumazione che di ordinario si trova nel momento della negata restituzione possa dirsi già precedentemente esaurita: e in specie se a ciò valga il nascondimento della cosa. I tribunali toscani (*Annali Toscani XVIII, 1, 574*) stabilirono che anche in questa seconda ipotesi si aveva truffa *consumata* e non semplicemente *tentata,* perchè già si era operata una materiale usurpazione di proprietà. La dottrina è rigorosa e sottile, ma può accettarsi come esatta (2).

(1) La interpellanza non è necessaria a dir consumata la truffa quando è ormai consumata la dolosa distrazione della cosa altrui (*Annali Toscani XVI,* 1, 531) oppure sia confessato dal reo l'animo di appropriarsela (*Annali Toscani XVII,* 1, 99; *e XIX,* 1, 115; *e XX,* 1, 381) e in generale quando l'animo di appropriarsi sia manifesto: *Annali Toscani XII,* 1, 598. Fu pur deciso non essere necessaria la interpellanza in quelle truffe che sono perseguitabili a pubblica azione; come lo è per gli art. 398 e 399 del codice Toscano il fatto del colono che venda il bestiame fidatogli: *Annali Toscani XVI,* 1, 756.

(2) In sostanza le forme della consumazione possono essere due — 1.° la *negazione* della restituzione ancorchè non si sia ancora nè usato nè disposto dell'oggetto; così Paolo alla *l.* 1, §. 2, *ff. de furtis* — 2.° l'uso indebito, la consunzione in proprio vantaggio, o l'alienazione dell'oggetto anche prima della dimanda di restituzione. Del resto è regola non controversa che alla consumazione della truffa non si esiga che il giudicabile abbia effettivamente *ricavato un profitto* dalla distrazione della cosa a lui affidata: eseguita la distrazione per fine di lucro è consumato il reato. Questa regola ha avuto conferma recente dal giudicato della Cassazione di Francia del 10 maggio 1867 in affare *Reocreux.*

§. 2300.

Relativamente alla complicità in generale si passa oltre ravvisando il carattere ora di complice ed ora di favoreggiatore in chi scientemente ricetta la cosa truffata come in chi ricetta la rubata. Ma io porto opinione che il doloso compratore della cosa truffata sia non solo un correo, ma un vero *coautore* (1) del delitto. Se la consumazione sta nella *compra* e *vendita*, tanto è autore chi *vende* quanto è autore chi *compra* dolosamente. A me pare non possa dubitarsi di questa verità.

(1) Trovo che a questa opinione si è di fresco conformata la Corte Suprema di Cassazione di Palermo nel giudicato del 16 luglio 1868 riferito nell' *Eco dei Tribunali numeri* 2080, 2081. Ivi trattavasi di un compratore di *cosa smarrita*. Disse la Corte di Palermo che siccome il delitto non si consumava col *trovare*, o col *prendere* la cosa da altri smarrita ma con lo appropriarsela, così il compratore doloso di quella cosa interveneodo come parte principale nel contratto che costituisce il momento consumativo del reato non era un mero favoreggiatore, ma un vero coautore. Identica è la situazione giuridica nella truffa; identica deve essere la conclusione. E nell' uno e nell' altro caso la regola che distingue il favoreggiatore dal correo non è che uoa deduzione logica della cooclusione determinaote il momeoto consumativo del reato. E quindi noo può controvertersi la suesposta dottrina finchè bisogni concordare che la vera truffa (a differenza della *frode*) si consuma noo col *prendere* ma çoo lo appropriarsi la cosa altrui: sulla quale conclusione è da vedersi la dissertazioоe di Ionas *de interversionis natura et consummotione, Lipsia* 1847.

§. 2301.

La penalità della truffa nelle odierne legislazioni è quasi costantemente più mite di quella del furto proprio (e ne sono evidenti le ragioni) quantunque sì per ossequio al diritto romano che non distingueva tra furto proprio ed improprio, si per la ferità dei tempi (1) molte antiche legislazioni parificassero nella pena la truffa al furto. Ma oggi i buoni legislatori ne hanno riconosciuto la grandissima differenziale: tutto al più sceverando alcuni casi di truffa aggravata hanno applicato a questi la penalità del furto semplice. È intuitivo che tutte le qualifiche del furto desunte dal *modo*, dal *luogo*, e dal *tempo* possono difficilmente (almeno sotto la forma nella quale primeggiano in tema di furto) trovare applicazione nella truffa.

(1) Variarono, poichè la truffa fu distinta dal furto, le penalità inflitte dall' arbitrio dei giudicanti a questo reato, ora trovandosi consigliata la fustigazione ed ora l' esilio: Sanfelice *decis.* 42, *n.* 1, *lib.* 1 — Bajardo *quaest.* 70, *n.* 3. Si dubitò ancora se fosse reato infamante come il furto: lo asserì il Deciano *cons.* 93, *n.* 30, *lib.* 2, allegando l'autorità dello Speculatore, il quale però parla di ladri e non di truffatori. Anche per le consuetudini relative allo Statuto di Bologna, la truffa punivasi con la frusta o con la imposizione della mitra. Ma però la pena si elevava alla vicomburione quando eravi stata profanazione di cose sacre a causa del sacrilegio. Siccome però quello Statuto dava nella pena pieni poteri all'arbitrio dei giudici, ed ai giudici pareva buono che un giuoco di mano fatto ad un gonzo si scontasse col patibolo; così spessissimo infliggevasi la pena di morte

anche alla più semplice truffa: Toselli nei suoi *Cenni sul Foro Criminale bolognese (Appendice pag.* 212 *e segg.)* ricorda come un tale nel 1300 fosse appiccato per una truffa di un paio di galline; e altro nel 1304 per truffa di una sopravveste da donna: e, al *vol.* 1, *pag.* 13, narra che il 26 ottobre 1323 fu arsa viva una donna che sotto falso nome aveva truffato di poca lana alcuni merciai.

§. 2302.

Infatti per nulla si accresce la quantità *naturale* nè la quantità *politica* della offesa alla proprietà perchè (a modo di esempio) il depositario abbia venduto la cosa o di *notte* o di *giorno;* od in uno od in altro *luogo;* o a solo o unito a *più persone;* o in tempo di *fiera* od in altro; e via così discorrendo. E già mostrai doversi dire lo stesso intorno alla qualifica della *violenza reale.* Quando un oggetto fu *consegnato* spontaneamente per un uso determinato, ed il consegnatario ne abusò a suo profitto, a me non sembra che il *titolo* degeneri perchè a quell' abuso sia stato mezzo una *effrazione* od una *chiave falsa.* Sempre rimane il criterio cardinale della *deficiente contrettazione* e della volontaria abdicazione condizionata del possesso. Potrà questa ipotesi meritare che il legislatore la preveda e ne faccia un caso di *truffa qualificata,* ma non potrà mutarne la *essenzialità* e farne un titolo di *furto proprio,* perchè tale non è. E quando il legislatore non abbia previsto simile caso non potranno a mio credere i giudici denaturare il fatto per applicarvi il titolo di *furto.* Se la giurisprudenza (1) ha fluttuato e talvolta in questa fattispecie diversamente

giudicato, mi permetto rispettosamente di dubitare della esattezza di simile pronunciato.

(1) Vedasi la nota 2 a §. 2156, e la nota a §. 2291.

§. 2303.

In quanto alla *violenza personale* già ho notato che se la truffa ha per suo punto di partenza una consegna spontanea sembra a prima vista essere inconcepibile una fattispecie di truffa con *violenza sulle persone*. Pure è possibile immaginarne il caso. Io diedi ad altri per comodato o deposito un oggetto mio. Vado a riprenderlo e il depositario o comodatario mi respinge percuotendomi o in altro modo usando violenza contro di me al fine che io non riprenda la cosa mia; e successivamente ne consuma la indebita appropriazione. Vorrà dirsi questa una *truffa violenta?* Vorrà dirsi una *ragion fattasi* con violenza? o vorrà dirsi un *furto violento?* A me pare che tutto possa dirsi tranne che il fatto degeneri in *furto*. È vero che la nozione del furto violento si adatta ancora alla violenza usata *per mantenersi in possesso*. Ma ciò suppone sempre il carattere preambulo del furto: suppone cioè che quel possesso nel quale si è voluto col mezzo della violenza perseverare, si fosse acquistato *invito domino* mediante una vera e propria *contrectatio*. Per quanto odiosa possa sembrare questa fattispecie vi mancheranno sempre (vogliasi o no) le condizioni ontologiche del furto: ed io non mi soscriverei davvero a chi volesse applicarvi le severe sanzioni del furto violento.

Titolo II.

Frodata amministrazione.

§. 2304.

Il titolo di *frodata amministrazione* (1) appartiene al genere delle truffe: essa è il reato di chi divenuto gestore fiduciario (o con stipendio o senza od anche con partecipazione di lucro) di una operazione amministrativa nello interesse di altri, e così consegnatario delle cose di altrui pertinenza per quell' uso determinato, abusi della fiducia a lui conferita volgendo indebitamente a suo profitto o le cose stesse a lui consegnate per amministrarle o i lucri ottenuti dalla sua amministrazione.

(1) Bibliografia — Carmignani *elementa* §. 1091 — Poggi *elementa lib.* 4, *cap.* 2, §. 27 — Cerretelli *Repertorio tit. amministrazione frodata* — Carleval *de judiciis lib.* 1, *tit.* 3, *disputat.* 6, *n.* 16 — Andreolo *controversiæ* 187, *n.* 7 — De Luca *de regalibus disc.* 119, *n.* 17 — Palma nepos *allegatio* 18, *n.* 18 — Carpzovio *practica pars* 2, *quaest.* 85, *n* 68 — Raynaldo *observat. tom.* 2, *cap.* 11, §. 21, *n.* 3 — Puccioni *saggio pag.* 546.

§. 2305.

Sebbene questo reato pertenga alla famiglia delle truffe se ne specializza per alcune particolarità; e sono — 1.° che non cade sopra un singolo oggetto ma sopra un *compendio* — 2.° che mentre nella truffa l' abuso cade d' ordinario sopra una cosa la

quale era innanzi nel *possesso* del proprietario che la consegnò per un dato fine al colpevole, nella frodata amministrazione il reato cade il più delle volte sopra cose che il leso non ha mai avuto veramente nel suo materiale possesso — 3.° che il reo di frodata amministrazione non delinque col fare atto di proprietario sugli oggetti che amministra, ma col non darne fedele ed esatto conto a chi di ragione.

§. 2306.

L' amministratore agisce sul capitale fidatogli secondo la indole della speculazione con libera disponibilità. Se amministra una taberna compra le merci, le rivende, fa fidi, largheggia, dispone insomma liberamente, e il preponente nulla ne sa. Se amministra una tenuta raccoglie i frutti, spende in culture, in bestiami, vende, permuta, maneggia in una parola quanto cade in quel compendio senza che lo amministrato si faccia mai detentore o dispositore di quelle cose. Anzi se il principale s' introducesse furtivamente in quella tenuta od in quella taberna per sottrarne oggetti e darne poi debito allo amministratore, si renderebbe egli stesso responsabile di furto perchè contretterebbe la cosa aliena della quale non fu mai nè detentore nè proprietario. Egli non ha diritto (nel concetto generale ed ordinario della vera amministrazione) che al resoconto ed ai residui della medesima. Se l' amministratore fa male i fatti suoi e per sua sciaguratataggine pregiudica al committente, questi non ha riparo che nella azione civile d' indennità.

§. 2307.

Ma il gestore commette il delitto di *frodata amministrazione* — 1.° se dopo avere realizzato i valori delle cose amministrate si sottrae con quelli, e fugge — 2.° se al debito tempo chiamato ai conti nega di darli, o si ostina a ritenere per sè il compendio fidato, o i valori succedanei — 3.° se prestatosi a dare il conto lo rende infedele simulando aumentate spese, o perdite o danni, o dissimulando i guadagni od i prodotti, od in altro modo ingannando il principale per farsi apparire debitore di meno.

§. 2308.

In quella terza forma della frodata amministrazione si mescola frequentemente il titolo di *falso,* perchè i gestori infedeli sogliono usare artificii sui libri e carte della loro amministrazione per fare sparire o comparire o tramutare i ricordi dei fatti, e le cifre delle somme secondo che loro torna a vantaggio. Quando ricorrano gli elementi materiali del falso i due reati concorrenti si unificano per il nesso di mezzo a fine e formano un *delitto solo* di cui l' altro è circostanza aggravante. E questo reato si definisce e si giudica secondo la nota regola della prevalenza, applicando cioè quella pena che risulta superiore nel confronto fra la pena che nei termini concreti del fatto sarebbe applicabile o al falso o alla frodata amministrazione isolatamente guardati. Questa è una regola generale che non dovrebbe aver bisogno di essere giammai ricordata. Un' azione che

tende ad un unico fine criminoso, per quanto onde raggiungere codesto fine si siano posti in essere altri atti che sarebbero anche isolatamente reati, mai non dà una moltiplicazione di delitti. Si applica la pena dovuta all' *atto più grave;* gli altri atti che sono uguali o minori in peso politico si valutano come aggravanti: ma il delitto assume sempre una nozione unica dall' atto politicamente più grave, sia stato questo il mezzo, o sia stato il fine.

§. 2309.

È regola altrettanto ragionevole quanto universale e costante che della frodata amministrazione non si possa muovere querela, dirò così, a mezza via. Il momento consumativo di questo reato non è quello della *distrazione* della cosa quando anche sia altrui. Generalmente si dice non potersene muovere accusa fino allo esaurito resoconto, perchè l' amministratore è debitore di *quantità* e non di *specie* (1). Io dirò che il momento consumativo del reato può trovarsi in tre punti — 1.° nella fuga con sottrazione — 2.° nella negativa di render conto — 3.° nel resoconto dolosamente infedele. Ma ciò mostra appunto che il substrato dell' accusa è sempre il resoconto, perchè senza questo non può mai affermarsi che il gestore o fuggendo o negando o alterando le cifre siasi indebitamente e maliziosamente arricchito.

(1) È questo il criterio che differenzia la *truffa* dalla *frodata amministrazione*, come acutamente insegnò Forti *conclusioni pag.* 254.

§. 2310.

Non credasi peraltro che il principio per cui comunemente s' insegna trovarsi soltanto nel *resoconto* il momento consumativo della *frodata amministrazione* (1) porti alla conseguenza che quando per il contratto institorio sia prestabilito un termine alla gestione, il proprietario debba sempre aspettare questo termine per verificare e perseguitare il delitto che già siasi apparecchiato a suo danno. Esso ha diritto di vigilanza sopra le cose sue: e quando anche i patti speciali neghino a lui di sciogliere in tronco quella gestione, deve peraltro il giudice aderire ai suoi giusti sospetti quando abbia ragione di chiedere un resoconto parziale di una amministrazione che tuttora sia in corso. Ed allora se il resoconto provvisorio richiesto ed ordinato dimostri la infedeltà del gestore non credo possa questi venire ascoltato quando opponga doversi aspettare a punirlo la scadenza del termine stabilito alla gestione. Questo caso dipende interamente dalle regole di giure civile. Ammessa per il medesimo la facoltà di chiedere i conti ad amministrazione in corso, non può sostenersi che se tale verificazione mostri una infedeltà già compiuta debba mantenersi il gestore nella balia di delinquere mentre si hanno i termini del delitto consumato e della immediata punibilità.

(1) È regola notissima che la frodata amministrazione non si consuma con le singole distrazioni, ma col finale reliquato risultante dalla dispunzione dei conti: *Annali Toscani XIII*, 1, 586. Questa regola però incontra limitazioni da vedersi negli *Annali Toscani XVIII*, 1, 59.

§. 2311.

Bensì è qui a ricordarsi una teorica di cui usò forse troppo la vecchia pratica toscana; quella cioè dei *delitti pedissequi.* Quando un amministratore per occultare con malizioso resoconto le proprie rapine commetteva dei falsi nelle scritture fu detto più volte che ciò rendeva il falso *pedissequo* alla frodata amministrazione. In questa formula vi era del vero, ma eravi eziandio dello erroneo, secondo la conclusione che se ne voleva trarre. — 1.° Si poneva quella regola per negare la *consumazione* del delitto? Io credo che fosse buona. Perchè quando pure il gestore avesse preparato dei conti fittizi, o delle scritture alterate, era sempre in tempo a pentirsi, non farne uso nel resoconto quando vi era chiamato, e dare il conto fedele e completo. Ed allora in quelle falsità materiali (purchè sempre restassero nello ambito dei falsi privati) non eravi niente più che una preparazione non ancora punibile nemmeno come tentativo — 2.° La dottrina del reato pedissequo si voleva spendere per remorare l' azione penale? Essa era ugualmente buona per ciò che ho detto testè. Il proprietario da una scrittura preparata in modo malizioso poteva cavar ragione di chiedere un conto anticipato ed improvviso: ma se il gestore così chiamato dava il conto fedele e sopprimeva le alterate scritture, non eravi azione penale; perchè il delitto consumandosi col resoconto traditore, se prima di questo poteva esser nata un' azione *ad inquirendum* non poteva esser nata un' azione *ad poenam*. — 3.° Ma quando della teorica dei reati pedissequi si

volle in questo tema fare illimitata applicazione per *misurare la pena* a delitto ormai già consumato col resoconto mendace aiutato dai falsi documenti, io credo si abusasse di quella teorica. Se per le veglianti leggi la pena del falso sia superiore a quella della frodata amministrazione, la dottrina dei reati pedissequi deve nella misura della penalità subordinarsi alla teorica della prevalenza; e conciliarsi entrambo queste dottrine con la distinzione che ho fatto. Eravi stato abuso fra noi nell' applicazione della regola dei delitti pedissequi. Ma vi fu esorbitanza di reazione nel Mori quando in modo assoluto ed a tutti gli effetti volle proclamare falsa ed erronea quella teorica, dimenticando che egli stesso l' aveva poi applicata nel codice in moltissimi casi di concorrenza di un mezzo criminoso per sè con un fine criminoso. Il nesso di *mezzo* a *fine deve unificare* perpetuamente l' ente giuridico. Ma quando gli effetti di tale unificazione si contemplano per misurare la *pena,* la regola della *prevalenza* deve completare la teorica.

§. 2312.

Da ciò si chiarisce che il tentativo punibile è figura di assai difficile concepimento nella frodata amministrazione. Quando anche nel corso dell' opera sua il gestore male intenzionato avesse preparato appropriazioni, nascondimenti, artificiosi conteggi per procurarsi ingiusto bottino, se poscia quando è alla stretta dei conti tutto manifesta e tutto rettifica sarà malagevole condurlo ad una pena sotto l' addebito di tentativo. La teorica della utilità del penti-

mento nel conato (§. 391) esenterebbe da ogni pena quei preparativi quando furono spontaneamente renduti vani dallo stesso colpevole; e qui farebbe ottimo giuoco la teorica dei reati pedissequi, perchè con quei *mezzi* preordinati al delitto non si sarebbe ancora violato nessun diritto dello amministrato, e tutto ricongiungendosi col delitto fine, la non punibilità di questo derivata dal pentimento impedirebbe la punizione di quelli. Che se all' opposto il gestore doloso avesse portato a compimento l'opera soggettiva presentando il conto infedele da lui preparato, ma la solerzia dello amministrato avesse scoperto la frode ed evitato il suo danno, non potrebbe neppure questa volta parlarsi di *tentativo* per la opposta ragione dello *eccesso*. Il reato (per quanto io penso) non si consuma col *lucro ottenuto* effettivamente, ma con l' alterazione dei conti e la loro presentazione dolosa a fine di lucro.

§. 2313.

La complicità trova benissimo i suoi termini in questo come in ogni altro reato. Sarà complice dello amministratore frodolento chi lo abbia efficacemente istigato od istruito; chi lo abbia scientemente aiutato a sottrarre o nascondere; chi gli abbia dato mano a foggiare ingannevoli conteggi; chi lo abbia fornito di ricevute comprovanti falsi pagamenti, od altre attestazioni mendaci. Purchè costoro abbiano agito con piena scienza del pravo intendimento saranno partecipi nella penale responsabilità; e poichè il gestore consuma il reato non con lo appropriarsi ma col dare un conto infedele, così coloro che a

sottrazione già consumata lo aiutino al conto malizioso io li terrei come complici e non come semplici favoreggiatori.

§. 2314.

Degradanti speciali sotto il rapporto dello impulso patito sull' animo non sono qui a notarsi oltre quelle comuni ai reati contro la proprietà; ed anzi per la fiducia particolare e per la lunga riflessione e perseveranza che d' ordinario accompagna questo malefizio sarà assai difficile rinvenirvi delle minoranti; se non vuolsi valutare quelle di uno esorbitante benefizio fornito al suo amministrato per una straordinaria solerzia e fortunata attività dello amministratore.

§. 2315.

Questo reato si equipara generalmente nella penalità alla truffa semplice. Ma io crederei che dovesse riconoscersi come caso qualificante la circostanza di amministrazione pupillare. Altri a sostegno di tale opinione direbbe essere più crudele malvagità defraudare i pupilli; essere più frequente la occasione di bruttamente arricchirsi spogliando questi infelici. Io dirò invece che la minorata potenza della difesa privata differenzia politicamente il fatto di chi defrauda un individuo che può di per sè vigilare al proprio interesse; e il fatto di chi defrauda degli orfani incapaci di qualsiasi vigilanza. Dirò inoltre che lo affidare l' amministrazione delle cose nostre ad altri è d' ordinario atto di volontà: l' affidare ad altri l' amministrazione del patrimonio degli orfani

è atto di *necessità*. Dirò infine che a tutt' altri si può fare rimprovero di non essere stati cauti abbastanza nella scelta del loro agente, del loro amministratore; per lo che il danno mediato è minimo in codesti casi: mentre agli orfani ai quali l' amministratore viene destinato dal giudice (e non di rado al seguito di brighe di avidi congiunti) non può farsi alcun rimprovero di poca diligenza nella scelta. Queste considerazioni mi paiono solide e tutte di carattere puramente *politico;* indipendenti da ogni intrusione di riguardi *morali*. Io credo pertanto che il codice Toscano nell' art. 401 (1) abbia fatto male quando dopo avere distinto i due casi della amministrazione tutoria (§. 1) e delle altre amministrazioni volontarie (§. 2) ha poi parificato l' uno e l' altro caso nella pena e nella azione. Si è mostrato soverchiamente severo, equiparando le gestioni private ai depositi necessari, e indistintamente coi depositi necessari accomunandole nella pena. Si è mostrato troppo mite ed improvvido nell' *azione*, decretando che anche le sottrazioni commesse dai tutori a danno dei pupilli non siano perseguitabili che a querela *privata*. Quando la legge costituisce dei magistrati specialmente incaricati di vigilare lo interesse dei pupilli non sa comprendersi come a questi magistrati si debbano legare le braccia, ed interdir loro di esercitare codesto santo ufficio di vigilanza anche mediante la querela criminale quando ve ne sia bisogno. Non deve dimenticarsi la correntezza del pupillo al primo slancio della sua emancipazione quando *tandem custode remoto gaudet equis canibusque,* come diceva Orazio. Un tutore rapace calcola bene sulla facilità di ottenere dal pupillo

fatto maggiore una transazione che gli porga balia di deridere la punitiva giustizia e godersi tranquillo il frutto della sua perfidia. D' altronde non sa capirsi per qual motivo il codice penale Toscano mentre parifica la frode del tutore a danno dei pupilli alla truffa qualificata in quanto alla pena, non la parifichi ugualmente in quanto all' azione che per la regola dell' art. 399 è nelle truffe qualificate indipendente dalla querela privata (2).

(1) Più saggio il codice Prussiano (§. 246) quantunque non punisca la frodata amministrazione semplice e quantunque le fraudi dei tutori (che vuole soggette a repressione penale) colpisca con grande mitezza (carcere da tre mesi a cinque anni) non immaginò peraltro di imbrigliare la penalità fra le ambagi dell' azione privata.

(2) Avvertasi essere molto intricato il nodo che dovrebbe sciogliersi nel caso d' infedeltà di un tutore verificata durante la età pupillare. Il pubblico ministero ha la vigilanza sull' amministrazione dei pupilli. Si accorge che un tutore dilapida: provoca il resoconto: risulta il delitto. Qual è il *privato* che possa denunciare alla giurisdizione penale codesto fatto? Evidentemente il nuovo tutore a ciò incaricato per impulso dello stesso pubblico Ministero. È dunque al Magistrato padrone dell' azione pubblica fatta necessità di eccitare egli stesso l' azione privata per la quale si ecciti nelle proprie mani l' azione pubblica. Quale inutile giro! La subiezione delle frodi tutorie alla querela privata non ha alcuna utilità: e soltanto porge a costoro la speranza di accomodare a suo tempo ogni loro rapina con una facile transazione.

§. 2316.

Anche il reato di frodata amministrazione può avere le sue qualifiche. Le medesime si trovano de-

sunte principalmente, o dal *valore* del tolto o dalla *natura* della amministrazione. Pel valore del tolto si qualificava la frodata amministrazione nelle antiche pratiche toscane quando il danno eccedeva gli scudi cinquanta; nel qual caso punivasi anche con la galera: *Annali Toscani XIII, 1, 585*. Per la natura dell'amministrazione la tengono come qualificata alcuni codici (Badese art. 404, §. 2) quando è commessa a danno di un Istituto pio, di una Banca privata o di un' altra consimile amministrazione la quale sebbene non possa dirsi pubblica nel suo stretto e vero senso è però costituita con destinazione in certo modo pubblica perchè eventualmente giovevole a tutti i cittadini. Vedasi il giudicato della Corte di Cassazione di Milano del 28 aprile 1865. Bene inteso però che trattisi di stabilimento *privato;* giacchè se fosse defraudata un' amministrazione d' interesse governativo sorgerebbe il titolo di *peculato*.

TITOLO III.

Baratteria marittima.

§. 2317.

Nel suo classico significato la parola *baratteria* esprime un traffico illecito che facciasi della giustizia. Così quando Dante disse dei Lucchesi che tutti erano *barattieri,* non intese già nella bile sua di accusare i Lucchesi (che mai non si occuparono di commercio marittimo) per la mala abitudine del reato che adesso abbiamo d' innanzi; ma volle soltanto accennare al baratto (1) frequente che per la

moltitudine dei signori colà si faceva della giustizia, troppo spesso renduta o partigiana o venale: come poscia si spiega dallo stesso poeta. In questo senso noi pure accetteremo la parola *baratteria,* quando parleremo dei reati contro la giustizia. Ma nel luogo presente siffatta parola si adopera in senso più speciale e diverso e più spesso in oggi usitato; ma che per maggiore chiarezza vuolsi distinguere dall' altra col predicato di *marittima.*

(1) È indubitato che la parola *baratteria (barataria)* derivata dallo spagnuolo *barata* che vale inganno, s' introdusse ad indicare il cambio della giustizia col denaro, ossia quei delitti dei magistrati che i romani dissero *crimen repetundarum.* Tutti i giuristi la definirono *commutatio justitiae cum pecunia vel alia re:* Menochio *de arbitrariis cas.* 342, *n.* 18 *et seqq.* — Bossio *tit. de official. corrupt. n.* 1 *et* 2 — Mascardo *de probat. conclus.* 165, *n.* 1 — Mastrillo *de magistratibus lib.* 6, *cap.* 8, *n.* 25 *et seqq.* — Paschal *de patria potestate pars* 4, *cap.* 5, *n.* 68 — Velasco *de judice perfecto rubr.* 9, *annot.* 2, 11 *et* 13 *per tot* — De Angelis *de delictis pars* 1, *cap.* 23, *n.* 1 *et seqq.* — Mattheu et Sanz *de re criminali controv.* 77, *n.* 15 *et seqq.* Ma più modernamente la voce *baratteria* essendosi preferita a designare le frodi dei capitani di mare (nel qual senso trovossi raramente adoperata dai vecchi pratici) andò in dissuetudine nel suo primo senso, e alle frodi dei magistrati si adattò più comunemente il nome di *corruzione,* come vedremo a suo luogo.

§. 2318.

Con la formula *baratteria marittima* (1) si designano nello universale linguaggio del foro tutte quelle male arti con le quali i capitani di mare

abusino della fiducia altrui per farsi ricchi ingiustamente con inganno e pregiudizio patrimoniale di chi contrattò seco loro. Lo studioso che nel preconcetto di trovare nella baratteria marittima le condizioni di un *reato principale sui generis* si faccia a indagarne la fisonomia ed i caratteri per costruirne esatta e completa la definizione, si troverà condotto in grande imbarazzo. Sembra che questo reato fosse un ferro candente per tutti coloro che avevano occasione di definirlo scientificamente o legislativamente. Pochi e rari ne sono i casi nella pratica e toccati di volo per quello soltanto che al caso speciale occorreva. Gl' istitutisti se la passano oltre con disinvolta maniera accennando in genere alle frodi dei capitani di mare. I criminalisti giuocano di rimando ai commercialisti e questi a quelli, delegandosi a vicenda il compito di quella definizione. I legislatori penali o ne tacciono, o sono contenti d' indicarvi la pena, e per la nozione se ne lavano le mani. Così il legislatore toscano (cadendo qui nella lacuna nella quale cadde anche nel *fallimento)* vi rinvia (art. 400) allo editto di navigazione del 10 ottobre 1748; il codice Sardo, il Napoletano, il Francese non ne danno alcun cenno rilasciandone la definizione e la repressione ai respettivi editti di marina. Ma in quegli editti di marina non trovate che sparsi cenni e previsioni spicciolate di casi e mai una definizione sintetizzata e suscettiva di esatta analisi: e nei loro commentatori meno che mai. I più moderni criminalisti con lodevole diligenza sentirono il bisogno di formulare una definizione di quel supposto *delitto* e si arrisicarono all' opera: ma con infelice risultamento, non poterono dare che del-

le formule per quanto verbose sempre incomplete e fallaci.

(1) Bibliografia — Ansaldo *de commercio discurs.* 70, *n.* 18 — Rocca *disputat. jur. cap.* 97, *n.* 14 *et seqq.* — Casaregio *de commercio disc.* 1, *n.* 77; *et disc.* 10, *n.* 7 — Azuni *Dizionario di commercio, alla parola baratteria, vol.* 1, *pag.* 207 — Baldasseroni *Dizionario, alla parola baratteria, vol.* 2, *pag.* 240 — Straccha *de mercatura decis.* 3, *n.* 15 — Bechmanni *diss. de barataria* — Loccenio *de jure maritimo lib.* 2, *cap.* 5, *n.* 12 — Mansi *consult.* 421, *n.* 14 — Mejer *dissert. de barataria* — Burcardi *de crimine barateriae* — Stypman *ad jus marit. cap.* 5 — Barthius *dissertationes, diss.* 8, *de magistro navis,* §. 25 — Lyncker *diss. de barataria* — Santerna *de assecurat. pars* 3, *n.* 68; *in Diversor. de assecuration.* — Negrin *de l'escroquerie en matière d'assurances maritimes, Aix* 1857 — De Pratis *dissertatio de stellionibus maritimis,* nel Feltman *opera juridica vol.* 7, *pag.* 39. Una legge speciale sulle baratterie marittime fu promulgata in Francia il 10 aprile 1825; ed altra di nuovo il 24 marzo 1862.

§. 2319.

Infatti alcuni vi danno come carattere costitutivo di questo reato la *simulazione* di avarie od infortuni di mare. E questa è una prima inesattezza: perchè possono *simularsi infortuni di mare* senza rendersi barattieri, quando (a modo di esempio) ciò facciasi da un capitano per iscusarsi di un ritardato arrivo e non avere rimproveri dal suo principale. E per lo contrario si può divenir barattieri senza avere simulato avarie; come se (a modo di esempio) un capitano fornito di un carico buono tocchi per viag-

gio un porto straniero e colà alla buona merce caricata sostituisca altra merce inferiore congenere per lucrare la differenza. Oltre a ciò la disgrazia di mare può essere *verissima*, e il capitano profittarne per esagerare l' avaria portando a debito di quella una quantità di merci che non perirono, ma da lui si appropriarono. Finalmente il disastro può essere *verissimo ma procurato* appensatamente per malizia del capitano a danno degli assicuratori; ed è pur sempre baratteria. La simulazione d' infortuni di mare sarà dunque una delle forme con le quali si verrà consumando baratteria; ma non può assumersi come criterio essenziale della medesima.

§. 2320.

Altri pose come criterio della baratteria la *menzogna* e l' *inganno:* e questa fu una seconda inesattezza. Perchè il capitano che fugge col carico e più non si lascia vedere è pur troppo un barattiere quantunque non abbia usato l'inganno per cuoprire gli effetti della sua rapacità.

§. 2321.

Altri ravvisarono lo elemento costitutivo della baratteria nello *abuso di cosa fidata* commesso da un capitano di mare: e questa fu una terza inesattezza. Come pure fu inesattezza descrivere questo reato come se dovesse sempre avere per soggetto passivo la cosa altrui. Il capitano che spacciando per buono un legno sdrucito e logoro se lo fa assicurare per grossa somma onde poscia farlo perire (1)

e lamentando naufragio guadagnare il tocco di sicurtà, o commette altra di quelle baratterie che si dicono *contro gli assicuratori;* non esercita mai la opera sua sopra cosa *fidata* nè sopra cosa *altrui;* perchè il bastimento è *suo,* ed usa od abusa di cosa *propria:* e pure divien barattiere.

(1) Il delitto di baratteria è antichissimo quanto il commercio. Trovasi che era frequente anche nell' antica Ateoe, e specialmente si commetteva dai padroni di bastimenti che facevano maliziosamente perire le navi dopo averle assicurate. Vedi M. Cucheval *Etude sur les tribunaux athéniens et les plaidoyers civils de Demosthene, Paris* 1863, *pag.* 193.

§. 2322.

Or come fra tante ambagi e tante difficoltà verrete voi a definirci la baratteria? Quale è il vostro pensiero? Il mio pensiero è semplice: esso apparirà nuovo; ma lo credo vero ed esatto. Io dico che nessuno riuscì mai o riuscirà a definire la baratteria come delitto per sè stante, per la ragione perentoria che la baratteria *non è un delitto principale.* Essa è una *circostanza aggravante,* ed il volerne fare un titolo speciale condusse agli equivoci. Essa è una circostanza aggravante come la domesticità che ora vi qualifica il furto, ed ora lo stupro; come la violenza che ora vi qualifica l' attentato al pudore, ora il furto, ora la ragion fattasi. È una circostanza aggravante che vuole essere descritta nelle sue speciali condizioni cercando sempre i primitivi criterii del malefizio negli elementi del diverso delitto principale a cui essa diviene concomitante. Svol-

gasi questo pensiero e poi ne vedremo le conseguenze giuridiche; ed in tali conseguenze troveremo la riprova della verità del pensiero.

§. 2323.

Quattro sono le distinte figure di reato alle quali può accedere la baratteria: la *truffa*, la *frode*, il *falso*, la *frodata amministrazione*. Si ha *truffa con baratteria* tutte le volte che un capitano riceva la nave altrui per un viaggio, o carichi merci altrui per un trasporto; e poscia la nave o le merci distragga a suo particolare profitto impossibilitandosi alla restituzione: od anco quando semplicemente ne faccia truffa d' uso, lucrando a danno del proprietario mercè l' occulto indebito godimento. Si ha *frode con baratteria* quando il capitano con preordinate macchinazioni induca altri ad un fido di oggetti con intendimento di farli suoi; o inganni sulle condizioni, e libertà della nave; o riesca con artifizi mendaci a crearvi un cambio marittimo che non sarebbesi fatto se il vero si fosse conosciuto. Si ha *falso con baratteria* quando il capitano fabbrichi falsi consolati o falsi testimoniali di bordo per simulare infortuni avvenuti, od esagerare gli effetti degli avvenuti; o creare bisogni fittizii per cambi; o creare cambi fittizi mediante documenti non conformi alla verità. Si ha *frodata amministrazione con baratteria* quando il capitano sia comproprietario nel carico con altri interessati che a lui abbiano dato fidanza di speculare nell' acquisto e nella vendita del medesimo per interesse comune; e poscia distragga oltre la sua parte del carico senza darne conto; o

mentisca i valori di acquisto o di vendita; o in altra guisa dia conto infedele della propria gestione.

§. 2324.

In tutte queste quattro forme delittuose la *baratteria* viene come aggravante, accessoria ad un ente principale giuridico che esiste di vita sua propria. La qualifica *(baratteria)* dovrà avere i suoi caratteri speciali che saranno sempre comuni ed identici qualunque sia la figura criminosa alla quale si associi; appunto come la violenza deve avere le condizioni sue proprie e costanti qualunque sia il reato principale che se ne vuole qualificare: e questi caratteri speciali della baratteria come qualifica li descriveremo tra poco. Ma intanto bisogna svolgere nei suoi risultamenti il nostro pensiero. La qualifica in ogni malefizio rappresenta un predicato che ha bisogno di un soggetto. Cercheremo poscia nella natura di lei se i termini ne ricorrano o no nel caso pratico al quale l' accusa vorrebbe adattarla. Ma innanzi tutto devono studiarsi le condizioni speciali dell' asserto principale; per vedere se esista, e come esista, e quando esista; onde non correr dietro ad un predicato senza soggetto. Soltanto quando avremo bene accertato lo essere e le condizioni della figura principale potremo utilmente studiare l' accessorio. Ma ogni malefizio ha un modo di essere variabile con effetti sostanzialmente difformi, e ciascuno vuole essere costruito secondo natura sua. La baratteria è l' accessorio di un reato principale: ma questo non può mutare di condizioni *essenziali* per lo accedere dell' aggravante. Esso è tale qual' è, e resta tale; se

era *perfetto* resta perfetto; se era *imperfetto* resta imperfetto; se era nata l'azione penale contro di quello resta vivente; se non era nata non nasce davvero per la qualifica. Ora sappiamo per lunga prova che tutto lo studio del criminalista intorno alla difficile definizione dei delitti speciali ha la sua grande utilità pratica nel bisogno di determinare il *momento consumativo* del maleficio. Qui sta tutta la vitalità pratica della ricerca dei criterii essenziali. Stabilire il momento consumativo influisce — 1.° sulla redimibilità della colpa — 2.° sulla punibilità del fatto come tentativo — 3.° sulla separazione del complice dal favoreggiatore: lo che vale quanto dire che influisce su tutta la economia punitiva. Adesso configurandovi la vecchia idea che la baratteria sia un delitto di per sè stante, un soggetto e non un predicato, un ente giuridico principale, dirigete a voi stessi questa semplicissima interrogazione: qual' è il *momento consumativo della baratteria?* Sarete bravi davvero se risponderete a questa dimanda con una proposizione assoluta. Ma se troverete di non poter dare questa risposta, avrete toccato con mano che la baratteria non è un delitto principale; perchè vi troverete costretti a rispondere che il suo momento consumativo varia secondo che varia il momento consumativo del reato veramente principale a cui accede la baratteria. Torniamo alla nostra esemplificazione.

§. 2325.

Cominciamo dalla *truffa con baratteria.* Le merci furono consegnate al capitano. Quando consumerà il delitto? Quando si approprierà quelle merci, e così

anche prima del suo ritorno in porto. Egli ha ormai abusato della fiducia: era debitore di *specie:* si è posto nella impossibilità di riconsegnarla: il delitto è consumato. Ma torna in porto con tutto il carico, e quantunque non ne abbia nè distratto nè occultato una parte si ricusa a consegnarlo. Quando consumerà egli il delitto? Quando costituito in mora emetterà il positivo rifiuto. Chi lo aiutò scientemente alla distrazione dolosa sarà complice, sarà correo, sarà favoreggiatore? Ei sarà correo perchè *cooperò* efficacemente e dolosamente alla truffa nel suo momento consumativo.

§. 2326.

Vediamo adesso la *frode con baratteria.* Un capitano con mentito nome, con simulata qualità di proprietario, in una parola con uno di quegli artifizi o raggiri che costituiscono la frode (e dei quali diremo a suo luogo) si è fatto consegnare dagli illusi o la nave, o le merci, od altro. Quando si dirà consumato il malefizio? Dovremo noi forse aspettare che egli abbia venduto o navi o merci? Mai no: il delitto ei lo ha consumato da che con inganno si procacciò la consegna e via si partì con gli oggetti. Questa è la regola generale e costante con la quale si procede nel definire la consumazione della frode, e che non può abbandonarsi quando alla *frode* sia concomitante la baratteria. È celebre il caso giudicato dalla nostra Corte di una splendida pariglia di cavalli che un mariuolo vestito a lusso, cinto di mentiti servi, e col falso nome di un dovizioso, acquistò da un famigerato francese che abi-

tava nelle campagne Toscane. Fu tosto scoperto lo inganno, e la pubblica forza spedita dietro a colui raggiunse la pariglia a venti miglia di distanza. Non era venduta, non erasi di niente arricchito il malandrino, che vi aveva rimesso le spese: ma pure la Regia Corte di Lucca disse che il delitto era *consumato* e non già *tentato* soltanto. Lo stesso dovrebbe ripetersi nel tema presente se analogo fatto si eseguisse da un capitano di mare in siffatta sua qualità: perchè non esiste il reato di *baratteria* e qui avremmo il titolo di *frode con baratteria*. Laonde il terzo che, senza previo concerto, a mala fede acquisti dal frodatore le cose scroccate dopochè furono venute in possesso di lui, non sarà già nè un complice nè un correo, ma un favoreggiatore od un ricettatore doloso.

§. 2327.

Vediamo adesso il *falso con baratteria*. Un capitano al fine di defraudare i proprietarii, caricatori, o assicuratori, vuol simulare sinistri marittimi, e fabbrica falsi testimoniali di bordo, falsi contratti di cambio, ed altri simili documenti che hanno il carattere di *pubblici*. Per le regole vigenti nel falso *pubblico* (o quasi-pubblico) che vedremo a suo luogo, il reato di falso per fabbricazione è già *consumato* quando è compito a pravo fine il falso documento possibilmente dannoso. Abbiamo qui dunque un delitto di falso già consumato senza aspettare che il capitano giunto al porto produca quei falsi titoli all'uffizio di marina. Se farà ancor questo egli si confermerà di nuovo colpevole di delitto consu-

mato, cioè falso per *uso doloso* di falsi documenti. Ma una seconda volta questi reati saranno consumati senza aspettare che il capitano abbia venduto le merci sottratte o toccato la sicurtà. Questi falsi saranno qualificati dalla baratteria, ma sempre reati perfetti, e non tentativi: e chi prestò l' opera scientemente in quelle falsificazioni sarà un coautore od un correo e non un semplice ausiliatore. Se invece configurate nella baratteria un reato principale vi verrà fatto di dubitare che quei documenti maliziosamente preparati non siano che tentativi, ed un semplice ausilio il formarli: e a dire consumato il malefizio aspetterete che la proprietà dei terzi sia stata usurpata; o per lo meno (con una transazione illogica) aspetterete che quei documenti nelle debite forme esibiti abbiano indotto in inganno le vittime designate.

§. 2328.

Finalmente vediamo la *frodata amministrazione con baratteria:* e questa io la svolgerò con un caso pratico. Un capitano aveva acquistato a Tangarock un carico di tre mila sacca di grano in società con un mercante livornese. Aveva per viaggio sofferto leggiere avarie: ma qui tutto stava in regola senza finzioni nè esagerazioni. Ma giunto in Livorno vendè cento sacca di quel carico, le consegnò, ed incassò il denaro. Avvertitone il socio corse alla querela. La giustizia sequestrò, arrestò, informò: ed ecco il povero capitano tradotto alla Corte Regia di Lucca sotto l' accusa di *baratteria.* Ma il capitano era un amministratore del compendio sociale, era un socio che non si era appropriato niente oltre la sua quo-

ta, e molto addietro della sua quota. Egli niente avea trafugato; niente mentito: era pronto a dare al socio conto fedele del carico comune, e della sua gestione imputando nella sua quota il grano che aveva pei proprii bisogni legittimamente alienato. Voi aveste troppa furia signor socio, e signor accusatore. Voi dovevate chiamarmi al rendiconto che io vi offeriva regolare ed esatto, e non cacciarmi prigione. Lo errore venne riconosciuto dalla sapienza dei magistrati: una dottissima decisione (1) della Corte Regia di Lucca (che fu del giorno 18 settembre 1863) giustamente assolvette il capitano, che poscia rividi più volte in florido stato ed accreditatissimo. Donde questa precipitata accusa? Dallo errore di credere che la baratteria sia un reato principale: dal che se ne volle indurre che ogni capitano col solo vendere una parte del carico si facesse barattiere. Guardate invece nella baratteria la qualifica di un delitto principale, mutabile secondo le forme della natura sua; e di questo principale reato cercatene i criterii essenziali nelle sue particolari condizioni o di truffa, o di frode, o di falso, o di amministrazione frodata. E se dovrete convincervi che vi fanno difetto i criterii essenziali di questi principali reati, la sognata baratteria dovrà subirne le sorti, e rimanere senza piedi. Se quel capitano avesse negato i conti, o ne avesse alterato le cifre, o taciuto quella vendita, allora (ed allora soltanto) si sarebbe renduto colpevole di un delitto perchè, il delitto di *frodata amministrazione* non si consuma (§. 2309) che col negare od alterare la resa dei conti. Trovato il sostantivo di questo gli si sarebbe potuto aggiungere la *qualità* di baratteria: ed allora chi a lui avesse

dato mano nell' alterazione dei conti si sarebbe reso suo correo o complice; favoreggiatore non mai: mentre quegli che aveva comprato il grano come acquirente dal socio amministratore, sarebbesi difficilmente potuto colpire.

(1) Come in questa causa ottenesse pieno plauso la teorica che qui sostengo, è chiarito dalla motivazione di quel giudicato; perchè i magistrati non dissero già *esente da dolo* l' operato del capitano: anzi ritennero in fatto che egli avesse occultamente eseguito quella vendita parziale nel disegno di arricchirsi a danno dei soci. Ma perchè nella liquidazione dei conti il capitano aveva pienamente indennizzato i soci, e così aveva receduto dal pravo disegno, così la Corte dichiarò che quel *tentativo* non era giunto al suo compimento per *desistenza spontanea* dell'agente, ed applicando l' art. 48, §. 1, del codice penale Toscano, che scrimina il tentativo interrotto per pentimento, assolvette. Ora è manifesto che tutto il cardine dell' applicabilità dell' art. 48, e della utilità del pentimento stava nel punto di sostenere che la vendita del grano nascosamente e dolosamente fatta con incasso del denaro era un *conato* e non una baratteria consumata. Ma in faccia alla vendita dolosa con incasso del denaro sarebbe stata temerità il proporre neppure codesta tesi se la baratteria si fosse guardata come un reato *sui generis*, od anche come una truffa qualificata, perchè in siffatti termini non sarebbe rimasto nulla da compiere. Ma la Regia Corte si penetrò della indole proteiforme della baratteria, per la quale la essenzialità della medesima ed il suo momento consumativo variano col variare del delitto principale al quale essa accede. Ora qui il capitano essendo l' *amministratore* della speculazione dei grani comprati in comune a Tangarock, il reato principale da qualificarsi non poteva essere che la *frodata amministrazione*. Laonde essendo inconcussa la regola che gli occultamenti dolosi, le distrazioni, i preparativi maliziosi non consumano

questo reato; ma lo consuma soltanto il *resoconto infedele;* tostochè avevamo un resoconto fedele, spariva ogni figura di consumazione, e tutto al più rimanevano dei tentativi: per lo che la teorica del conato era la sola applicabile. Questo esempio ricordo ai giovani per mostrar loro anche una volta come certe ricerche sulla essenzialità di un malefizio le quali appariscono agli inesperti essere mere questioni di nomi e sottigliezze speculative buone soltanto all'Accademia, riescono spessissimo assai potenti nel foro, e procurando più esatta amministrazione della giustizia decidono della sorte degli accusati. Ora ponete un poco che io dovessi svolgere questa teorica in faccia alla giurìa sotto una legge la quale protestando dovere i giurati conoscere del solo *fatto* avrebbe voluto si dimandasse loro in quel caso se *constava di baratteria:* se constava cioè nientemeno di uno dei titoli più astrusi in diritto che presenti il giure penale. Supponete ciò: e ditemi come avrei potuto costruire il mio ragionamento legale!

§. 2329.

Questo preteso delitto di *baratteria* ora dunque si consuma prima della vendita, ora con la vendita, ora dopo la vendita: si consuma ora con falsità verbali, ora con falsità materiali, ora con falsità scritturali, ora con artifizio di cifre: si consuma ora prima del viaggio (1) ora durante il viaggio, ora dopo il viaggio, ora cade sopra cosa propria, ora sopra cosa altrui, ora sopra nessuna cosa ma sopra una ragione di credito. Definite questo essere se vi riesce! Ma sarà vano tentarlo finchè volete definirlo come un *fatto;* mentre invece non è che una *qualità* adattabile a cento fatti. Ecco la conclusione che io tengo come verissima in questo malefizio.

(1) Può dubitarsi che i termini di baratteria ricorrano soltanto per le appropriazioni dolose e malizie usate dal Capitano dopo avere salpato dal porto e così incominciato il viaggio. Ma sembra più vero che si abbia baratteria anche nelle malizie usate sulle merci prima di mettere alla vela il bastimento, e più precisamente nello intervallo in cui dalla terra ferma le merci si trasportano sovra barche alla nave per farne colà la caricazione. In tal senso si pronunziò la Cassazione di Torino 16 giugno 1866 in causa *Carbone* contro *Carezzano*.

§. 2330.

Quando siavi dunque un delitto principale ingiustamente lesivo delle altrui proprietà e completo nei suoi caratteri costitutivi allora sarà utile cercare se concorra o no la circostanza aggravante della *baratteria;* ed è per ciò conveniente adesso d'indagare gli estremi di questa qualifica. I medesimi sono — 1.° Che il delitto siasi commesso da un *capitano di mare* — 2.° Che siasi commesso abusando della *fiducia di chi per propria speculazione* commerciale secolui contrattava in *tale sua qualità* — 3.° Che siasi commesso al fine di *arricchirsi* ingiustamente mediante inganno. Una rapida analisi di tali estremi completa questa teorica.

§. 2331.

1.° Con la parola *capitano* o *padrone* di bastimento non si designa il vero proprietario di questo, ma colui (1) che ne ha la direzione e signoria durante il viaggio. Le frodi e malversazioni hanno un' aggravante desunta dalla *persona,* quando si commettono

da capitani di mare, e non da altri vettori; per la grande balia che a quelli è necessità lo accordare sopra il bastimento ed il carico, sottratto alla vigilanza dei proprietarii e degl'interessati in tanta varietà di fortuna ed in tanta lontananza di luoghi.

(1) È evidente che per rendersi colpevole di baratteria non è necessario essere veramente ed abitualmente investiti del titolo di capitani; ma basta esercitarne le funzioni anche *precariamente*. Questo fu anche stabilito in precisi termini dalla Cassazione di Francia nel giudicato del 17 settembre 1836 contro *Coupron*. Ma non può adattarsi quel titolo alle frodi, furti ed altri reati commessi dai marinari per conto proprio senza concerto col capitano.

§. 2332.

2.° L'altro estremo della qualifica è il *contratto* di speculazione marittima (noleggio, assicurazioni, e simili) per cui i terzi per la necessità dei loro traffichi abbiano avuto fede in lui nella sua qualità di capitano. Se un capitano distragga anche durante un viaggio qualche oggetto che abbia ricevuto in pegno, od in prestito per servirsene, commetterà truffa ma senza baratteria. Se un capitano scenda a terra e derubi, sarà reo di furto ma non di baratteria. Se usi violenza e non inganno, non sarà barattiere.

§. 2333.

3.° È finalmente necessario che il reato abbia avuto per fine la ingiusta *locupletazione* (1). Se un capitano nel suo viaggio abbia patito un furto o abbia

smarrito oggetti di valore; e temendo di doverne dar conto simuli sconsigliatamente un sinistro di mare, potrà nei congrui termini rendersi colpevole di falso, ma non di baratteria.

(1) Il fine di locupletarsi recide la questione della colpa e del dolo. Nella giurisprudenza francese trovasi in qualche caso applicato il titolo di *baratteria* ai fatti dannevoli del capitano commessi anche per mera *imprudenza:* Corte di Parigi **27** marzo **1844.** La questione se e quando il capitano si renda responsabile di baratteria per mera *colpa,* la discusse il Rocca nel *discurs.* **97.** Una tale questione trova la sua specialità più importante nel caso del capitano che con lo esercitare la tratta dei negri od il contrabbando abbia esposto la nave ad essere confiscata. Si dubita se costui possa punirsi come colpevole di baratteria. Il Rocca sostenne la negativa con molta erudizione. Bisogna però distinguere: se il capitano faceva ciò per ordine o consenso dell' armatore, è impossibile parlare di baratteria; ma questo titolo può benissimo sorgere quando il capitano eserciti tali atti per proprio conto ed arbitrio, perchè con ciò commette una frode a danno dell' armatore abusando per proprio utile della nave fidata. Per me impropriamente qui si parla di *colpa:* chi arrisica la proprietà altrui per fine di proprio lucro è sempre in *dolo.*

§. 2334.

Debbo però avvertire che appo alcuni giureconsulti toscani ed in alcuni monumenti della nostra giurisprudenza anteriore al codice, ed anche dopo la pubblicazione del codice del 1853 (che all' art. 400 altro non fece se non riferirsi all' editto di navigazione del 10 ottobre 1748) appo eminenti crimina-

listi prevalse una opinione radicalmente difforme. Secondo questa dottrina il cardine essenziale della baratteria si vorrebbe trovare nella *falsificazione dei registri di bordo fatta per simulare un sinistro.* Questa sarebbe la condizione materiale indispensabile del titolo di baratteria. Ognuno comprende quanto immenso sarebbe il divario di questa teorica se così si accogliesse — 1.° La baratteria non sarebbe che un *falso documentale,* e così questo reato soggiacerebbe a tutte le regole speciali del falso — 2.° Una simulazione di sinistri affermata a parola ma non testificata dai documenti di bordo, per quanto servita a scusare ingentissime sottrazioni, non sarebbe baratteria. — 3.° Qualunque truffa commessa dal capitano sulle merci a lui consegnate non sarebbe che una truffa di vettore — 4.° Dato che vero fosse un sinistro attestato dai registri di bordo, il capitano potrebbe appropriarsi tutto il resto del carico attribuendone la perdita a quel sinistro; e poichè questo sarebbe vero, e veraci sarebbero i testimoniali non mai cadrebbe in baratteria. Questa dottrina si volle ragionare sulla lettera dell' editto toscano del 1748 leggendovi nella indicazione degli alterati registri una designazione *tassativa* anzichè *esemplificativa:* ma a me non sembra poi tanto chiara codesta lettera dell' editto. Ma dove ad altri piaccia stringere in così angusti termini la ipotesi della baratteria secondo la legislazione toscana, io non credo assolutamente che quella ristretta e singolare nozione possa insegnarsi come vera in punto di scienza. In faccia ai vari editti marini, ed alla giurisprudenza penale marittima prevalente in Europa, io penso che la baratteria sia un predicato applicabile

a tutte le scroccherie, frodi, ed abusi di fiducia che si commettano dai capitani di mare a danno dei caricatori, assicuratori e mercanti: e penso che questa più larga nozione sia reclamata dal bisogno di tutelare il commercio.

§. 2335.

Entrando come cagione prominente nella specializzazione della baratteria il favore e la protezione del commercio, si comprende che debba essere elevata la penalità alla quale spinge siffatta qualifica, e che i suoi criterii misuratori debbano comporsi di altri elementi oltre quello del valore del tolto. Il codice Toscano all'art. 400 rinviando all'art. 386 commina per questa qualifica la casa di forza fino a dodici anni: la equipara in sostanza ai furti qualificati, e bene a ragione perchè la consegna e la fiducia essendo necessaria, tale necessità supplisce alla mancata contrettazione costitutiva del vero furto: e la grande difficoltà di opporre efficacemente la difesa privata alle frodi dei capitani eleva ad alta importanza la qualifica stessa. Malgrado ciò pel codice Toscano la pena può scendere al carcere da uno a quattro anni quando il valore del tolto non superi lire cento.

Titolo VI.

Frode, o stellionato.

§. 2336.

Lo stellione, animale fornito di colori indefinibili per la loro variabilità ai raggi del sole, suggerì ai romani il nome di *stellionato* (1) come titolo di delitto applicabile a tutti quei fatti malvagi commessi in danno dell'altrui proprietà che fluttuano fra il falso ed il furto, e partecipando delle condizioni dell'uno e dell'altro, non sono propriamente nè l'uno nè l'altro. Secondo questa versione la parola *stellionato* sariasi inspirata ad un concetto *materiale*. Secondo altri si inspirerebbe ad un concetto *intellettuale*, essendosi voluta esprimere la indole versipelle del fatto stesso, anzichè la figura ambigua del delinquente che artificiosamente assume diverso colore: e così si userebbe generosità verso quell'animale fornendolo di pregi che egli non ha, supponendo bonariamente che avesse dato il nome a questi reati per una sua particolare astuzia, che per altro i naturalisti non gli accordano.

(1) Eckold *compend. pandect. pag.* 1284, *n.* 1 *et* 2 — Du Cange *glossar. verbo stellionatus* — Vossio *etymolog. verbo stellio* — Jordao *commentario ao codigo penal portuguez vol.* 4, *pag.* 507.

§. 2337.

Sia che vuolsi di codesta etimologia, certo è che il nome di *stellionato* (1) si mantenne come classico

nella scuola e nel foro dai tempi romani fino ai più recenti per designare una forma particolare di delitti contro il patrimonio economico altrui; e che il suo carattere è appunto quello di configurare un ingiusto spoglio dell' altrui proprietà che non è nè vero *furto*, nè vera *truffa*, nè vero *falso;* ma pure ha del *furto*, perchè si lede ingiustamente l' altrui proprietà; ha della *truffa*, perchè si abnsa dell' altrui buona fede; ha del *falso*, perchè vi si giunge con inganno e mendacio. Ma non è vero *furto*, perchè il *possesso* della cosa che vuole usnrparsi si ottiene dal padrone *consenziente* sebbene codesto consenso, perchè estorto con dolo allo *illuso* proprietario, non si consideri nei rapporti fra il delinquente e lui come abile a trasferire il dominio. Non è vero *falso*, perchè la immutazione del vero è principalmente *ideologica*, e se in qnalche parte vi si congiunge una falsità *materiale* questa non cade in un docnmento che abbia l' apparenza di coazione giuridica verso il terzo; onde non offre i veri caratteri del falso instrumentale. Non è vera *truffa*, perchè la cosa ordinariamente si suppone ricevuta dal padrone con titolo *traslativo di dominio;* sicchè con lo appropriarsela se ne nsa conformemente al titolo. Dunque non vi è *contrettazione invito domino;* non vi è falsificazione di *documento* fornito di un valore giuridico; non vi è *inversione di uso* in spreto dei patti. La criminosità è tutta negli *antecedenti*, negli artifizi per ingannare. Sicchè lo *inganno* ne costituisce la vera essenzialità; e bene con questa parola *(betrug)* lo ritrassero i legislatori alemanni. Non è propriamente che il reato stia nello atto di *prendere*, o di *appropriarsi* la cosa: in questo può stare il risultato

dannoso e la consumazione del maleflzio, ma non la sua speciale criminalità. Questa consiste negli *artifizi mensogneri* coi quali sia indotto maliziosamente il proprietario a spogliarsi del suo dominio dandogli a credere cose che non sono vere.

(1) Bibliografia — Farinaccius *fragm. crim. pars* 1, *n.* 725 *et seqq.* — Castro *cons.* 412, *n.* 4 — Alphani *de jure criminali lib.* 2, *tit.* 22 — Caravita *institut. criminal. lib.* 4, §. 1, *cap.* 73 — Renazzi *elementa jur. crimin. lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 14 — Jousse *justice criminelle part.* 4, *tit.* 50 — Baldo *cons.* 14, *n.* 1 — Cremers *diss. de fraude* — Caldero *decis. Cathaloniae decis.* 63 — Puttmann *elementa* §. 525 *et seqq.* — Koch §. 552 *et seqq.* — Van Raden *dissert. falsi et stellionatus* — Ionghindt *de crimine stellionatus* — Maeler *de modo coercendi furta et stellionatus in rebus mercatoriis* — Klock *cons* 189, *n.* 9, *vol.* 3, *pag.* 757 — Vouglans *traité des crimes et des leurs peines tit.* 6, *chap.* 5 — Poggi *elementa juris criminalis lib.* 4, *pag.* 87 — Paoletti *institutiones theorico practicae lib.* 5, *tit.* 3 — Leyser *meditat. ad pandect. spec.* 557 *de stellionatu* — De-Ruuk *de crimin. stellionatus* — Carmignani *elementa* §. 1108 — Gordon *diss. de crimine stellionatus* — Harpprecht *de crimin. stellionatus; in ejus dissertat, disp.* 68 — Mellio *institutiones juris crimin. lusitani, tit.* 5, §. 14 — Van Eck *de crimine stellionatus* — Contoli *dei delitti e delle pene vol.* 6, *pag.* 70 — Giuliani *istituzioni di diritto criminale vol.* 2, *pag.* 588 — Puccioni *saggio pag.* 546 — Arabia *principii del diritto penale vol.* 3, *pag.* 327 — Pessina *trattato di penalità speciale pag.* 85 — Berner *lehrbuch des deutschen strafrechtes* §. 156.

§. 2338.

Questo titolo di reato, salve le difformità nella definizione, è quello che i francesi chiamano *scroccheria (escroquerie;* cod. pen. art. 405) gli spagnuoli *inganno (estafa* che equivale a scroccheria, o *engano; Partid. VII, tit. 16,* cod. Sp. art. 450) i portoghesi *tranello (bulra,* cod. pen. art. 450) e che al legislatore toscano del 1853 piacque chiamar *frode,* abbandonando anche in questa parte il linguaggio classico che aveva per tanti secoli servito alla scuola ed alla pratica italiana. Rispettiamo le altrui opinioni, ma a noi piace nella scuola conservare a questo delitto il nome di *stellionato:* perchè la parola frode indica un elemento (sia pure il principale del fatto) anzichè la sua oggettività; onde per questo lato si rende più sensibile il vizio della nuova parola: e perchè la parola *fraude* esprimendo una condizione comune a molti altri delitti genera perplessità; ed in questo stesso reato confonde un elemento del delitto col delitto stesso. Cosicchè chiamando frode il delitto ci troviamo nella necessità, discutendo in diversi casi, di spesso dire — qui vi fu *frode* (cioè menzogna e intenzione d'ingannare) ma non vi fu *frode* (cioè un artifizio esteriore bastevole ad ingannare un uomo di senno) e perciò non si ha *frode;* cioè quel delitto che il codice punisce come frode. È chiaro che in questo discorso viene usata la parola frode tre volte in tre diversi significati. La prima volta esprime lo elemento interiore; la seconda lo elemento esteriore; la terza l'ente giuridico che si vuol definire come risultante da quelli elementi.

Io conservo pertanto il nome di *stellionato* perchè prediligo sempre i vocaboli che meglio servono alla chiarezza, considerando il linguaggio come uno strumento tanto più utile quanto è più esente dal pericolo di condurre ad oscurità e confusione. Lo stellionato è il *delitto;* la frode ne è l' *estremo essenziale.* Ma l' estremo non si compenetra nè si unifica col delitto, perchè non credo che voglia seriamente sostenersi che anche lo stellionato sia un delitto formale (1).

(1) Non si contrasta praticamente che lo stellionato ammetta la configurazione del tentativo punibile (Morin *art.* 8266) ed anzi crederei vi si potesse configurare anche il *delitto mancato;* vedasi Jonge *de delictis vol.* 2, *pag.* 156. E neppure può seriamente contrastarsi il momento che sconfina il tentativo dalla consumazione: esso è quello in cui lo ingannato dopo avere creduto allo inganno ha ancora eseguito quell'atto al quale il colpevole voleva condurlo. Cajo con falso nome si presentò al mercante per averne a fido la merce; il mercante lo credette; è consumato lo inganno ma non ancora consumato il delitto: il mercante piglia la merce dal suo scaffale e sta per consegnarla al mariuolo; il delitto sta per consumarsi ma non è ancora consumato. Gliela consegna, e colui se ne impossessa: ecco la consumazione. Un amico sopravviene; avverte il mercante del mentito nome; questi esce dalla taberna; a pochi passi raggiunge il malandrino, e gli ritoglie la merce. Inutilmente costui pretenderà di essere responsabile di solo conato: egli non ha raggiunto il fine della propria locupletazione, ma ciò non importa; procurò lo evento in cui stava la consumazione, cioè il proprio impossessamento della cosa altrui per mezzo di frode; e tanto basta perchè il delitto sia irretrattabilmente consumato. Ma non trovasi uguale concordia nel definire il limite antecedente che separa lo esordio del

conato punibile dagli atti preparatorii non imputabili. In Francia si spinse molto addietro lo esordio del conato punibile: la sola preparazione di *documenti menzogneri* preordinata al fine d' ingannare alcuno fu giudicata (Morin *art.* 8397) essere un tentativo. Vedasi anche Pellerin nel suo *commento* all' art. 405 e le decisioni che cita a *pag.* 237. Ma io dubiterei di questa dottrina: la preparazione dei mezzi in questo reato non ha caratteri che univocamente determinino il suo obiettivo più che non lo determini lo acquisto del veleno, la compra della polvere pirica, la fabbricazione di una falsa chiave, ed altri simili atti, che generalmente in altri reati si considerano come preparatorii.

§. 2339.

Lasciamo da parte la locupletazione del delinquente che è l'*ultimo fine* del suo operato: ma l'ultimo fine di proprio vantaggio a cui tende l'agente non può essere il criterio che distingua tra delitto materiale e formale, se non vuolsi venire alla conseguenza che tutti i delitti possano essere in certe contingenze formali. Il fine immediato dell'agente è d'indurre altri a spogliarsi di una sua proprietà. Il *risultato,* l'*evento* nel quale consiste la consumazione del malefizio è la *consegna della cosa* ottenutasi mercè la frode dal proprietario ingannato: è lo avere ingannato non lo avere usato l'inganno; come l'evento della lesione sta nello aver ferito non nello avere vibrato lo stile. La minaccia si completa in sè stessa, ed è perfetto il reato con la sola azione di minacciare, sebbene il minacciato non ne abbia concepito spavento. Ma lo stellionato non si completa col solo usare l'inganno; bisogna di più che la vittima abbia realmente bevuto all'inganno: ed anche questo ef-

fetto puramente non basta alla perfezione del reato. Bisogna inoltre che l'ingannato dopo essere rimasto vittima della illusione, abbia per conseguenza di tale illusione consumato il fatto violatore del diritto di proprietà, consegnando al colpevole la cosa sua. Fino a questo momento non si avrà che un tentativo (1). Ma quando l'inganno ha prodotto il suo effetto *immediato* della obbedienza allo inganno per parte della persona illusa, non deve aspettarsi il lucro effettivo del colpevole per dire consumato il malefizio. Male dunque si cerca la denominazione di un fatto in ciò che non esprime nè il diritto violato nè la consumazione del malefizio, ma solo un suo precedente. Meglio si adatterebbe al concetto giuridico del malefizio la parola *scroccheria* del francese, e la parola *inganno* del tedesco e dello spagnuolo, poichè l'una e l'altra esprimono in loro stesse la idea di un effetto ottenuto. Lo effetto cioè dell'inganno altrui nella parola spagnuola; lo effetto veramente consumativo del malefizio della cosa carpita mediante inganno nella parola francese. E non volendo andare accattando parole di oltremonte, mi attengo alla parola classica del foro italiano, e procedo tranquillo.

(1) La Corte di Cassazione di Francia nel suo giudicato del 7 febbrajo 1868 (affare *Bouton*) ha deciso che non è tentativo di scroccheria la preparazione di una nota di credito esagerata quando non era ancora stata presentata per il pagamento. Il 21 febbrajo 1868 (affare *Danion*) la stessa Corte decise che un fatto consimile è tentativo di scroccheria quando la nota esagerata è stata presentata per il pagamento, purchè però sotto la nota di credito vi fosse un visto di terza persona capace d'indurre in errore il debitore; senza ciò trattandosi di una semplice presentazione di conto

da discutersi, non vi sarebbero gli estremi del tentativo punibile: Morin *art.* 8760.

§. 2340.

Saggiamente il legislatore della VII Partida spagnuola notò che questo delitto non poteva definirsi: che lo si poteva esemplificare (1) in alcune sue forme dalle quali i giudicanti avessero a desumere un criterio per distinguere gli artifizi criminosi dai non criminosi nelle umane contrattazioni. Nella infinita variabilità delle astuzie umane è difatti impossibile enumerare tassativamente tutti i modi coi quali si può incorrere in questo reato, ingannando altri per indurlo ad una convenzione obbligatoria a suo carico o abdicativa di proprietà. Laonde tutti i legislatori contemporanei si sono trovati a fronte la difficoltà che confessò l' antico legislatore della penisola Iberica; ed hanno ripetuto il sistema di esemplificare alcune forme di questo reato, per poscia avvertire i magistrati che queste indicazioni non erano che dimostrative. Così anche il legislatore toscano agli art. 404, 405 e 407 designa alcuni casi speciali di questo delitto (2) ma poscia è costretto all' art. 404 let. f, a dichiarare genericamente che cade in questa delinquenza *chiunque sorprendendo l' altrui buona fede con artifizi, maneggi, o raggiri diversi da quelli* specialmente *contemplati si procura un ingiusto guadagno in danno altrui.*

(1) È impossibile stringere in una descrizione di forme materiali il concetto dello stellionato; impossibile classificare la enumerazione dei casi nei quali si estrinseca questo pro-

teiforme reato sotto l'impulso della callidità dei malvagi desiderosi sempre di arricchirsi a danno dell' altrui buona fede. Boyve *(remarques sur les lois et statuts du pays de Vaud pag.* 182) ricorda che per le leggi di Vaud si puniva come reo di frode il proprietario che profittando del retratto vicinale avesse costretto il confinante a vendergli un pezzo di terreno per poi farvi speculazione rivendendolo ad altri. Un giudicato della Corte Imperiale di Vienna del 29 novembre 1864, confermato dalla Suprema Corte di giustizia il 30 decembre 1864, ravvisò gli elementi dello inganno punibile nel solo fatto di aver preso roba a fido con scienza di non aver mezzi coi quali pagarla: identica proposizione aveva fermato la Suprema Corte di giustizia in Vienna col giudicato del 26 maggio 1863. Al contrario in Francia (Morin *art.* 8516) fu deciso che presentarsi ad un' osteria a prender cibo senza aver denaro da pagare, non solo non costituiva furto perchè mancava la *contrectactio invito domino*, ma neppure scroccheria perchè mancavano gli artifizi ed i raggiri: e questa speciale questione si trova discussa da Morin *art.* 7873. Esempi speciali di scroccheria nelle società commerciali troviamo in Morin *art.* 8488; ed in materia medica nello stesso Morin *art.* 8490, e *art.* 7695, ove *(pag.* 300) riporta tre giudicati importantissimi. I tribunali francesi (Morin *art.* 8361) hanno saputo trovare la scroccheria anche nel contrabbando quando il contrabbandiere abbia usato artifizi speciali per ingannare le guardie. E trovarono scroccheria (Morin *art.* 8362) nel fatto di un creditore di due crediti che mentre il debitore voleva pagarne uno gli aveva fatto la ricevuta dell' altro; e lo usare sotto falso nome di un biglietto gratuito di strada ferrata, sebbene questa applicazione incontrasse censura da Morin *(art.* 8373) e fosse contradetta nel giudicato che esso riporta all' *art.* 8066; e persino gli artifizi usati per eludere il pagamento (Morin *art.* 8121) del dazio consumo, ed anche nelle esagerazioni (Morin *art.* 7773) dei pregi di un fondo di commercio per concluderne vantaggiosamente

la vendita: e nello eccitamento di speranze effimere, Morin *art.* 7840: e nello abuso del magnetismo, Morin *art.* 8189: ed anche nel contratto di matrimonio, Morin *art.* 8251: e nei termini di frodi in un concorso ippico, Morin *art.* 8296; e si configurò la scroccheria anche in un processo giudiciale, Morin *art.* 8290. In questi ed altri innumerevoli casi pratici può trovarsi occasione di altrettante dispute particolari intorno l' applicabilità del titolo di stellionato o scroccheria. Ma ciò sarebbe materia di un trattato speciale e trascenderebbe i limiti di un corso teoretico. Soltanto avvertirò che nelle moderne statistiche generalmente si deplora che le frodi, le truffe, e in generale i reati di artifizio acquistino ogni giorno più una proporzione strabocchevole e sempre crescente. Che aumentino le condanne è un fatto irrecusabile: ma questo fatto denuncia proprio un incremento dei raggiri maliziosi, oppure è anche questa una delle tante delusioni della statistica? Io ne dubito: perchè penso che lo incremento di tali processi e di tali condanne sia più veramente attribuibile ad un movimento della giurisprudenza odierna in un senso di rigore contro tali arti. Siffatto movimento di rigore è indubitato. In Francia si è manifestato ancora nelle riforme legislative: Pellerin *Commentaire pag.* 236 *a* 248. Ma può dirsi che se dovunque si palesa questo progresso di antipatia per cui oggi si puniscono come gravi reati certi fatti che in antico si guardavano come argomento di risa e di beffa; in Francia in generale poi si rinnuova nel titolo di scroccheria quello che avvenne in antico nel titolo di stellionato, cioè che se ne facesse un delitto supplementario. Ciò che viene generalmente insegnato da tutti i culti, vale a dire doversi ricorrere allo stellionato *ubi deficit actio furti et condictio furtiva*, si riproduce oggi in ordine alla scroccheria. Così trovasi applicato questo titolo non solo nel tema delle assicurazioni sulla vita umana (oggi allargate nei nostri costumi, e sulla moralità delle quali trovasi elevato dubbio negli *Annali di Tolosa anno* 1864, *pag.* 171) ma anche in tema di assicu-

razioni marittime (Morin *art.* 8101 e 8053: Cassazione 11 luglio 1864). Anche appo gli antichi non fa difetto una notevole elasticità nell' applicazione di questo titolo. Leyser (*meditationes in pandectas spec.* 624, *medit.* 21) lo ravvisò nel plagio letterario: Carpzovio (*practica pars* 2, *quaest.* 93, *n.* 43) nel fatto di una donna che aveva battezzato il figlio tre volte per carpire i doni dei fedeli. Brunemann (*Responsa, consil.* 90, *n.* 46, 47) lo negò nella oppignorazione fatta a due persone dello identico oggetto quando esso fosse sufficiente a pagare ambedue.

(2) I casi che tassativamente designa come frode il codice Toscano sono — 1.° l' assunzione di falso nome o di falso mandato, o l' eccitamento di speranze o timori effimeri (art. 404, let. a) — 2.° l' alienazione od oppignorazione di cosa altrui come propria, o di cosa vile come preziosa (art. 404, lett. b) — 3.° l' alienazione a due del proprio fondo, o l' occultamento delle ipoteche (art. 404, let. c) — 4.° la esazione o cessione di un credito già esatto o ceduto (art. 404, let. d); forma già contemplata nella pratica: Hertius *tom.* 1, *cons.* 81 — 5.° la sottrazione della cosa propria al detentore con successivo richiamo di questo a restituirla o pagarla (art. 404, let. e) — 6.° la sottrazione della cosa propria al sequestro giudiciale o al creditore pignoratiziò (art. 405, let. f) — 7.° lo abuso della passinne di un minore per indurlo a sottoscrivere una obbligazione. Il concetto giuridico di tutte queste figure è sempre lo identico ed è sempre quello dell' antica scuola. Vi è il *dolo malo* informato dall' animo di lucro: vi è la lesione al patrimonio altrui: ma *deficit actio furti et condictio furtiva,* perchè manca la *contrectatio invito domino.* È sempre un titolo supplementario a tutela della proprietà privata.

§. 2341.

Alcuni scrittori notarono che gli artifizi (1) pravi costituenti il delitto di stellionato potevano consistere tanto in una *simulazione* quanto in una *dissimulazione*. Notarono che la simulazione poteva essere così *personale* come *reale*. *Personale* quando taluno fingasi ricco, o decorato, o assuma nome diverso dal vero, o fingasi esercente una professione, passivo di una disgrazia, fornito di un mandato (2) o in altro modo attribuendo al suo individuo qualità che non gli spettano per il fine d' indurre altri a fargli consegna della cosa che agogna. *Reale* quando la finzione cade sovra una cosa o sovra alcuna delle sue qualità, come se il rame si spacci per oro, o la cosa altrui come propria. Notarono che anche la *dissimulazione* poteva essere *personale* o *reale*. *Personale* quando ad arte si celino certe qualità proprie; come lo stato d' interdizione, la condizione di conjugato, la propria abilità ad un giuoco; al fine sempre di ottenere da altri una fiducia e per virtù della medesima la concessione di una qualche cosa alla quale questi non avrìa condisceso se avesse conosciuto quelle qualità maliziosamente occultate dalla persona con cui trattava. *Reale* è la dissimulazione quando si sono maliziosamente taciute certe qualità di una cosa caduta in contrattazione; come la qualità enfiteutica di un fondo, le ipoteche che lo gravano, il vizio di furtiva nella cosa che si vende, la estinzione avvenuta del credito che si cede. Ma tutti questi studi si aggirano sempre in un circolo di esemplificazioni che non conducono alla cogni-

zione esatta del criterio essenziale di questo reato, nè a sciogliere le gravi difficoltà che presenta nei casi pratici.

(1) Lo esercizio di arte magnetica può essere e non essere il substrato di un delitto di frode secondochè chi la esercita è o non è in *buona fede*. Se egli medesimo s' illude sull' arte sua, non può colpirsi tranne come responsabile di esercizio illecito di medicina. Ma quando (come più spesso avviene) egli tessa scientemente un inganno per carpire denari non evvi ragione di dubitare del titolo di frode: Charpignon *rapport du magnétisme avec la jurisprudence*. Lo stesso è a ripetersi di coloro che vantano chiaroveggenza, e spacciando di scuoprire occulti tesori guadagnano denari dai creduli; e di questi ne ho veduto pur troppi anche oggidì. Codesta idea della chiaroveggenza di tesori occulti è antichissima, se non che pochi e rari sono oggidì coloro che in buona fede credano di possedere tanta virtù: e quelli che la vantano siano per lo più impostori che speculano per guadagno. Laddove nei tempi antichi molti vi furono che in buona fede per una esaltazione di fantasia persuasero sè medesimi di possedere la chiaroveggenza: nei quali casi il rimedio da apprestarsi non è la carcere ma il manicomio. Uno di siffatti illusi doveva essere quel Cesellio Basso di cui narra Tacito: costui nei suoi delirii vide nascosti sotterra in un suo campo i tesori della regina Didone; il Cartaginese andò a Roma, e presentossi a Nerone descrivendogli la caverna da lui veduta sotterra, e le verghe d' oro, e le gemme che colà si chiudevano. Laonde l' Imperatore armò alcune galere con spedizione di operai onde eseguissero la ricerca: la quale non avendo recato alcun frutto, causa fu che Cesellio disperato si suicidasse. In simili casi tutto lo studio del giudice stringesi nel discernere la follia dal delitto. Quando la credulità teneva signoria anche nell' animo dei legislatori si vide elevato a delitto per sè stante lo esercizio di arti soprannaturali. Oggi non può parlarsi di pena

se non vi è frode. È sempre difficile convertire in delitto un atto posto in essere in buona fede e nella veduta di giovare anzichè di nuocere ad altri. È notevole in questo senso un caso speciale giudicato dalla Corte di Cassazione di Francia il 7 marzo 1857. Per la cura di un ammalato si era chiamato un magnetizzatore, una sonnambula ed il medico Gabarde. Operato il sonno magnetico la sonnambula aveva dato le sue prescrizioni ed il medico le aveva ridotte in ricette, e spedito i medicinali in conformità degli insegnamenti della sonnambula. Il Tribunale di Limoges aveva condannato tutti tre come colpevoli di esercizio abusivo della medicina. Ma la suprema Corte cassò il giudicato rispetto a tutti; perchè quanto al magnetizzatore ed alla magnetizzata non avevano fatto che dare consigli al medico, al cui giudizio li avevano sottoposti e non avevano spedito ricette; e quanto al medico esso era nel suo diritto, e non poteva fargliisi rimprovero di avere nell'esercizio lecito della sua professione cercato di attinger lumi da suggerimenti altrui.

(2) Il caso di colui che s' impossessa della roba altrui spacciandosi mandatario di chi tale non lo costituì, prende norma dalla *leg. falsus C. de furtis*, ed i repetenti a cotesta legge lo discutono largamente. Ivi esaminano eziandio la questione se il delitto perseveri quando colui che consegnò la cosa *conobbe* che quello era un falso mandatario, e la decidono con opposta sentenza. Ma pare a me si debba semplicemente distinguere se chi fece la consegna con tale scienza aveva la cosa a proprio pericolo o no: nel primo caso sparirà il delitto *quia volenti non fit injuria;* nel secondo caso potranno esserne partecipi ambedue.

§. 2342.

La difficoltà consiste nel discernere il *dolo lecito* che interviene senza delitto nelle usuali contrattazioni, dalla *frode* che è il criterio essenziale dello stellionato. È usanza se non onesta almeno tollerata

nell' umano consorzio che i contraenti reciprocamente s' ingannino. Tutti quelli che richiedono denari in prestito vi contano cento storie dei loro infortuni, e vi esagerano i mezzi che avranno per restituirvi il danaro che per lo più hanno in animo di non rendere; sicchè talvolta vi tacciano d' ineducati e vi minacciano di un duello se usate la inciviltà di richiedere il vostro denaro. Tutti coloro che vendono un oggetto (per esempio un animale) ne levano a cielo le virtù, ne occultano i vizi: o se trattasi di un fondo ne esagerano i fruttati, ne tacciono gl' inconvenienti: e nessuno che vi affitta una casa vi dichiara che essa è infestata da animali schifosi sebbene ei lo sappia. Vi sono due limiti in questa materia. Il primo limite è quello che movendo dal principio politico doversi dalle leggi provvedere soltanto ai vigilanti, lascia affatto senza riparo chi restò vittima di codeste arti, applicando il dettato del giureconsulto romano *licet contraentibus sese invicem circumvenire*. Evvi un secondo limite al quale giungendo l' inganno le leggi provvedono allo illuso con riparazioni civili annullando il contratto, quando il dolo fu causativo del consenso: ma non vanno più oltre. Al di là di questi due limiti sorge una terza forma nella quale il dolo assume il nome di fraude, e comparisce la criminalità del fatto ed il bisogno di repressione penale. Ma se questa terza forma è facile a riconoscersi nei casi supremi, è delicatissima e difficile tale ricerca negl' infimi casi (1).

(1) Vedasi la dotta dissertazione di Geib riportata nell' *Eco dei Tribunali n.* 1010 *e segg.*; che ha per titolo

Dei limiti che separano la frode civile dalla criminale: e trovasi ancora negli *scritti germanici del* Mori *vol.* 3, *pag.* 332. Vedasi inoltre un' altra dissertazione di Cammillo Bertolini intitolata *Difficoltà di fissare i limiti del dolo civile e della frode criminale* inserita nell' *Eco dei Tribunali nn.* 1006 *e* 1007.

§. 2343.

Il giureconsulto romano insegnò che ad avere la criminosità occorreva una *magna calliditas.* I pratici ad una voce ripetono che lo inganno dev'esser tale da potere illudere un accorto padre di famiglia. Ma la prima formula è indefinita: e la seconda incontra gravi obiezioni nella sua pratica applicazione. Avvegnachè prevalga appo molti la opinione che la frode non debba giudicarsi subiettivamente, ma obiettivamente: cosicchè quando gli artifizi adoperati riuscirono allo inganno del proprietario, respingono qualunque distinzione tra artifizio *goffo* e *grossolano,* ed artifizio *sottile:* dicendo che quando l' artifizio condusse all' inganno ed all' effettivo danno della sua vittima fu sempre sufficientemente malvagio, poichè tra le male arti del colpevole fuvvi appunto anche quella di scegliere per sua vittima un individuo così credulo ed idiota che anche la più patente impostura potesse far breccia sull' animo suo. Questa dottrina può esser vera in molti casi; ma come regola assoluta può riuscire pericolosa: ed ha il vizio intrinseco di dimenticare affatto il danno mediato che costituisce la condizione *sine qua non* della imputabilità politica degli atti malvagi. Quando l' artifizio sia tale che abbisognasse vera-

mente essere ignari di ciò che tutti sanno per cadere nel laccio, il pubblico non si allarma e ne ride, come ridevano i padri nostri delle astuzie adoperate contro il misero Calandrino; le quali se oggidì si portassero innanzi a certi giudicanti frutterebbero a Maso ed a Buffalmacco parecchi anni di prigionia. Finquì dunque non abbiamo potuto raggiungere una formula netta e recisa, un criterio sicuro per distinguere il dolo lecito dalla fraude criminosa: avvegnachè quando anche si consentisse ad accettare la formula della grossolanità e della sottigliezza, anche questa in fine dei conti non sarebbe che una formula vaga ed elastica (1).

(1) Chauveau et Helie (*théorie du code pénal chap.* 61) sostenne la distinzione che il dolo criminale consistesse nell'animo di *recar danno ad altri* e il dolo civile nell'animo di *avvantaggiare sè stesso:* ma fu (giustamente a mio credere) censurata da Mittermaier nella *nota IV* al §. 411 del *diritto penale* di Feuerbach. Quando però lo stesso Mittermaier (nella *Gerichtsaal anno* 1858, *fasc.* 2) volle dettare la sua formula, andò nello indefinito concludendo che un tale criterio doveva desumersi dalla *opinione popolare* e definirsi secondo i varii costumi delle genti. E questa è una verità confermata dalla storia della giurisprudenza. Ma da tale verità se ne desume — 1.° Che *nodum in scyrpo quaerunt* coloro che tentano dettare una formula apodittica di delimitazione — 2.° Che se vi è caso in cui il giudizio per mezzo della *giurìa* sia conveniente, questo a parer mio sarebbe il reato di frode. Io nei miei scritti ho sempre evitato di trattare per largo l'argomento della giurìa, per la ragione che non ne aveva esperienza pratica; e non voleva gettare innanzi opinioni fantastiche. Ma quello studio sperimentale che ho potuto farne nei pochi anni da che è stata introdotta fra noi, mi ha in-

tanto convinto in una opinione; ed è questa. Io stimo vizioso il sistema di distinguere le cause da portarsi ai giurati da quelle da portarsi ai giudici su quel benedetto criterio della pena che io sostengo tutto empirico e buono soltanto a guastare i codici. Alla giuria dovrebbero referirsi quei reati che nei loro criterii essenziali e nei loro criterii misuratori subiscono più specialmente lo influsso della pubblica opinione. Io la penso così. Tornando alla questione dei limiti tra il dolo civile ed il dolo criminale, le nostre Corti (*Annali Toscani XX*, 1, 432) trovarono dolo criminale in chi riceveva una seconda volta il pagamento dello stesso credito che il debitore gli offeriva per dimenticanza del primo pagamento; ed anzi credettero ravvisare in ciò i caratteri del vero furto! In Francia si ebbe talvolta riguardo alla possibilità del danno; e perciò fu deciso (Morin *art.* 7913) che l' occultare i vizi dello animale venduto non dava azione penale, quando i vizi fossero *redibitorii* perchè sufficientemente riparava allo inganno il diritto alla resiliazione: ma questo argomento prova troppo. Il Negrin (*de l' escroquerie en matière des assurances pag.* 27) ha riprodotto la suddetta distinzione di Chaveau tra *recar danno ad altri*, e *favorire lo interesse proprio*: ma questa distinzione mi sembra di parole, perchè nelle contrattazioni il vantaggio proprio trova quasi sempre il suo relativo nel danno altrui. In Austria una decisione della Suprema Corte di giustizia di Vienna dell' 11 novembre 1857 (*Eco dei Tribunali pag.* 537) ridusse a niente la distinzione fra *dolo civile* e *dolo criminale* insegnando che ogni qual volta interveniva la ingiusta usurpazione dell' altrui scientemente operata vi erano gli elementi della truffa ancorchè non fossero concorsi artifizii e raggiri: ma di tale giudicato fu fatta meritamente censura nell' *Eco dei Tribunali n.* 823. In tanta perplessità io non veggo sistema che porga sicura guida al giudicante tranne la teorica della *mise en scène*

§. 2344.

Volgendo i nostri studii alle giurisprudenze straniere troviamo che la Corte di Cassazione di Parigi nel suo giudicato del 4 aprile 1862 ha sanzionato come soluzione del problema la distinzione fra artifizio *materiale* e artifizio *verbale*. Dichiarando colpevoli alcuni degli accusati e non colpevoli alcuni altri, ha questa Corte in un modo pronunziatissimo stabilito il principio che la frode non deve consistere in semplici *paroles mensongères:* ma che ad aver delitto vi abbisogna qualche cosa di *materiale;* una *mise en scène;* un *fatto esteriore,* o lo intervento di una terza persona (1) che dia credito alle parole. Non basterebbe (a modo di esempio) secondo questa dottrina, che taluno avesse affermato di essere cavaliere, se non avesse altresì guernito di un nastro la bottoniera: non basterebbe che taluno dando ad altri un pezzo di rame per oro gli avesse affermato che era oro se non avesse altresì usato arti perchè quel pezzo di rame imitasse il colorito dell' oro. Non basterebbe che taluno avesse asserito di essere un ricco signore se non avesse altresì accreditato codesta fola o col vestirsi di panni non suoi, o col farsi accompagnare da servi mentiti. In sostanza si distinguerebbe tra *menzogna* e *artifizio.* La menzogna non è delitto perchè nessuno deve creder di facile alle parole altrui; e se vi crede ne imputi sè medesimo: e attenda (se cade in acconcio) dai tribunali civili la riparazione dei propri danni. Ma l' *artifizio* quando non volge a sola beffa innocente ma ad un ingiusto spoglio, adegua le condi-

zioni obiettive del *delitto:* e ad avere l' *artifizio* non basta il solo discorso per quanto eloquente, studiato e persuadente, se oltre alle mendaci parole non si è posto in essere una qualche cosa comprovante i falsi asserti: e quando l' artifizio è riuscito allo intento, esso ebbe sempre anche le condizioni subiettive (almeno per regola generale) per costituire un delitto. Io crederei che questa formula (sulla quale ha persistito la Cassazione di Francia anche nel suo recente giudicato del 10 agosto 1867 in affare *Baconnier)* potesse accettarsi come soluzione del problema nella scuola. E crederei che la medesima dovesse certamente accettarsi in faccia al codice penale Toscano, il quale fa consistere lo elemento *materiale* della frode non nelle mendaci parole soltanto, ma negli *artifizi, maneggi o raggiri* che letteralmente dimanda nello art. 404, §. 1, let. f. E soltanto opinerei che questa formula non fosse applicabile per modo alcuno nella maggior parte dei casi speciali descritti alle lettere precedenti nell' articolo stesso.

(1) La teorica della *mise en scène* trovasi riprodotta con ragionata costanza in molteplici forme dalla giurisprudenza francese: vedasi Morin *art.* 7926 e *art.* 7706 per largo, e *art.* 7985 *et* 8641. E così fu deciso che il semplice chieder pagamento di un debito già pagato per quanto si usassero sforzi di parole onde persuadere che non era pagato non costituiva fatto punibile: Morin *art.* 8491. Ma alla *mise en scène* fu detto equivalere lo *intervento di un terzo* quantunque anch' esso ingannato, per opera del quale si accreditò la menzogna: Morin *art.* 7951. E ciò è logico, perchè la esteriorità valevole ad accreditare le menzognere parole ricorre tanto nella presenza di un uomo quanto nella

presenza di un segno materiale. Ma fu detto ancora che *les démarches* potevano equivalere alla *mise en scène* (Morin *art.* 8110) e con ciò si riavvicinò la dottrina all' antica elasticità.

§. 2345.

Quantunque io non sia per costume adulatore delle dottrine francesi, a me pare che in questo punto le medesime abbiano colto nel segno. La *mise en scène* non è una formula empirica, non accenna ad una materialità che non abbia senso giuridico. Tutto al contrario, la *mise en scène* completa lo *elemento soggettivo* e lo *elemento oggettivo* della criminalità. Completa lo *elemento soggettivo*, perchè mostra una maggiore astuzia, una maggiore pertinacia di reo volere, un uomo più temibile alla società. Completa lo *elemento oggettivo*, perchè le apparenze *esteriori* architettate per accreditare la parola mendace rendono più scusabile la credulità della vittima, e aggiungono al fatto un danno mediato che non sorgerebbe a riguardo di chi avesse creduto alle nude parole del primo arrivato. Come spiegare la protezione penale per coloro che si fanno carpir denaro da una vecchiarella lacera e pezzente (come io vidi) che mentre gira attorno limosinando afferma sul serio d' indovinare i numeri al lotto? Se invece quella vecchiarella si è cinta di seriche vesti, di false gemme, dando ad intendere che quella sua apparente ricchezza è frutto delle continue vincite che essa fa alla lotteria, chi dà nella rete sarà un credulo ma non un imbecille.

§. 2346.

Una elegante questione (che io però non vidi mai elevarsi nelle mie lunghe pratiche) potrebbe farsi nel caso che la vittima della frode tendesse ad un fine delittuoso. La donna è andata dalla fattucchiera perchè le desse un filtro onde far morire il proprio marito; la fattucchiera le carpì buona somma di denaro e le diede una bevanda innocente. Un altro ricorse al mago perchè coi suoi incantesimi lo aiutasse a rubare notturnamente il tesoro che egli credeva nascosto nel fondo altrui: il mago fece le solite cerimonie; prese il denaro; e non trovò niente, com' era ben naturale. Potrà essa ascoltarsi la querela che muovano coloro per la frode patita del denaro speso senza raggiungere lo intento di uccidere o di rubare? Io credo assolutamente che no. Sieno pure criminose quelle frodi: ma quando il paziente del reato è più esecrabile di chi lo ingannò, la sanzione penale non deve prostituirsi a proteggerlo. In questi termini quando l' operato della fattucchiera o del mago fosse abituale potrebbe esservi un interesse pubblico a punirlo, col dare a quell' operato un nome ed un titolo di un delitto *sui generis*. Ma come reato contro la *proprietà* di quel birbante che volle comprare un delitto io non saprei determinarmi a punirlo. Tengo in cuore identica opinione nella ipotesi del *falso sicario*. Un ricco scellerato prometteva mille scudi a chi uccidesse il suo nemico. Un disperato mariuolo colse il partito, promise di uccidere, diede ad intendere di avere ucciso, e carpì il denaro. L'azione di costui certamente

non è buona; ma riflettete che se lo punite per frode lo punite per non avere ammazzato un uomo, lo punite per avere sventato le trame di un micidiale.

§. 2347.

Il principio che non siavi tentativo punibile ovunque riscontrisi *inidoneità nei mezzi* adoperati fece pensare a taluni che non dovesse ammettersi la nozione del tentativo punibile in questo malefizio: perchè precipitosamente conclusero che se lo inganno usato non era riuscito a persuadere la vittima e ad usurpare l'altrui, era questa la prova che non si erano adoperati *mezzi idonei* allo scopo delittuoso. Io ammetto il principio fondamentale che la frode ad essere consumata non esiga lo spoglio dell'ingannato, quantunque i chiarissimi Giuliani e Puccioni sembrino dubitarne. Io ammetto che in molti casi possa esser buona l'anzidetta dottrina quando cioè veramente risulti che lo artifizio non riuscì all'intento perchè realmente non si usarono mezzi idonei. Ma non accetto la pretesa regola generale della impossibilità del tentativo in questo delitto, perchè può avvenire nelle varie contingenze dei casi che la macchinazione fosse idonea (e tanto idonea da sedurre qualunque accorto) ma che un imprevisto accidente (per esempio il sopraggiungere di un conoscente) abbia scompigliato il raggiro nel momento stesso in cui l'ingannato stava per consegnare la cosa sua. Io troverei bene in siffatte ipotesi le condizioni così giuridiche come politiche di un tentativo punibile (1).

(1) Una frode si ordisce spesso e si prepara in un territorio per poi consumarla in un altro territorio. In tali ipotesi nasce il dubbio sulla *competenza*. Sembra siasi ritenuta la competenza così del giudice del luogo dove fu preparata come di quello dove fu consumata la frode: Morin *art.* 8977; e *art.* 8748, ove ne fa argomento di speciale dissertazione. Paro a me che ciò dipenda da una distinzione, che parte da un punto di vista più generale. Quando gli atti esecutivi di un delitto rappresentino un tentativo punibile io veggo indubitata la competenza del giudice di quel luogo, perchè nel suo territorio è già nata un' azione punibile la quale eccita la potestà del giudice locale; e tale giurisdizione non cessa per la circostanza che l' atto consumativo abbia avuto vita in diverso territorio. È il caso del concorso di due giurisdizioni, e della prevenzione. Ma quando si trattasse di soli atti preparatorii non costituenti conato punibile opinerei in contrario.

§. 2348.

Ma se alla consumazione dello stellionato io ritengo necessario un *evento* non è per questo che ritenga altresì necessario il *danno effettivo:* e qui forse sta la ragione dell' apparente divergenza delle opinioni. Può sostenersi (almeno in alcuni casi) che il *danno potenziale* equivalga al danno effettivo, quando l' inganno abbia prodotto il *risultato* dello *spoglio di un diritto* quantunque non susseguito dalla perdita della proprietà. Così se alcuno induce altri mediante artifizi a comprare da lui una cosa non sua o ad altri vincolata, potrà sostenersi in faccia al codice Toscano per l' art. 404 let. b, e per l' art. stesso let. c che quando si è condotto un illuso alla *stipulazione del contratto,* il malefizio sia consumato quantunque l' ingannato non abbia dato via

nè denaro nè roba, ma soltanto siasi stretto ad una obbligazione la quale può, scoperto l'inganno, ridursi a niente. Ma qui (se bene si avverte) non può neppur dirsi che il danno sia meramente *potenziale* rappresentandosi un vero danno effettivo anche dallo essersi alcuno vincolato ad una obbligazione per liberarsi dalla quale sarà necessario sostenere una lite. La obbligazione contratta che è in stato d'implicita validità può affermarsi di per sè sola essere un danno patito. Non credo poi che il solo danno potenziale basti neppur esso alla consumazione del delitto in altri casi: non nel caso dell'art. 404 let. a, che esige siasi *ottenuto la consegna con animo di farla sua*. Non nei casi di lettera f, ove richiedesi che il colpevole *si procuri un ingiusto guadagno in danno altrui*. Sicchè nella sostanza una consegna o vera o simbolica, uno spoglio o di cosa o di diritto è necessario alla consumazione di questo reato. Per eliminare ogni imputabilità bisogna che la frode non potesse produrre nessun effetto giuridico: e così la Cassazione ha deciso (7 marzo 1857) che il danno potenziale equivalga nei congrui casi al danno effettivo trovando frode consumata nello essersi con artifizii procurata una *firma* quantunque non ancora nè mai avesse il colpevole incassato denaro (1).

(1) La formula *sorprendendo l'altrui buona fede*, che fu usata dal codice Toscano, porge occasione ad un dubbio relativo al senso della parola *altrui*. E il dubbio è se sia necessario che la persona della quale si sorprende la buona fede sia la *identica* persona del proprietario; oppure se basti che sia *un terzo*. Per esempio si è ingannato il servo o il detentore della cosa per farcela consegnare, e non il

padrone. Pare che nella vecchia pratica si tenesse conto di tale specialità: *Annali Toscani XIV*, 1, 348, 349. Tizio aveva impegnato un oggetto; poi aveva dato in pegno la polizza a Cajo. Simulò di aver perduto la polizza e ricuperò il pegno. L' arte volgeva a danno di chi aveva in pegno la polizza e non di chi aveva in pegno l' oggetto: ma l' artifizio si usava sopra questo, e non sopra a quello. Di qui la opinione che non si avesse vero *stellionato*, ma una forma anomala di *furto improprio*. Crederei però che per la locuzione indefinita *(altrui)* del nostro codice simili distinzioni rimanessero inconcludenti.

§. 2349.

Nello stellionato esercita più frequente influsso la teorica della *prevalenza* per la indole proteiforme e supplementaria di questo titolo. Se ne abbia un esempio nelle frodi usate dai venditori a minuto per ingannare i compratori. Se si guarda il proposito dello agente e il risultamento immediato, apparisce che tali frodi rimangano sempre nella classe dei reati contro la proprietà privata; ma pure bisogna distinguere. Lo inganno tanto frequente e giornaliero in questa ipotesi può cadere o sulla *quantità* o sulla *qualità* della merce (1). Se cade sulla quantità bisogna distinguere se fu eseguito per sola destrezza di mano, o facendo uso di *pesi e misure alterate* che il venditore tenesse nel suo negozio. Nel primo caso il fatto non esce dai reati contro la proprietà privata, e forse neppure merita di essere elevato a delitto. Ma se il venditore adoperava *misure alterate*, ciò mostra una abitualità diretta ad aggredire tutti coloro che accederanno a quella taberna, e così lo attacco ad un *diritto universale*.

Che alla mia fantesca non siano date destramente dieci oncie di carne in luogo di dodici *interessa a me*, e non ad altri. Ma che il bottegaio non tenga bilancie false interessa a *tutti i cittadini*. E perciò il fatto sotto cotesta forma inclina a far passaggio fra i *reati sociali*. Ma prima di aderire a questo passaggio bisogna vedere se la legge vegliante novera l'uso di *falsi pesi* fra i veri *delitti* o soltanto fra le *trasgressioni*. Se lo novera fra le *trasgressioni* le cose rimangono al loro posto, perchè non può concepirsi lo assorbimento di un delitto in una contravvenzione di polizia. Ma se lo novera fra *i delitti* questo non potrà più trovare il suo oggettivo nella proprietà privata; dovrà trovarlo o nella *fede pubblica* o nel *commercio* (secondochè piace) ma sempre passerà in una classe di reati sociali; e così il maleficio sarà consumato col solo tenere ad uso del negozio le false misure quantunque non si giunga a dimostrare il danno patito da alcun privato.

(1) In queste frodi del commercio e delle industrie le quali variano all' infinito secondo la varietà delle occasioni può vedersi Myler *metrologia pag.* 165, ove descrive le arti dei pannaroli, e a *pag. 344 et seqq.* ove descrive le arti dei mugnai: su queste dissertò largamente Schilling *dissertatio de delictis molaribus eorumque poenis* §. 14. È però da avvertirsi che nelle configurazioni riferite da questi scrittori e nelle leggi speciali che numerose si allegano dai medesimi non sempre per le nozioni da noi adottate sorge il titolo di frode, ma in alcune forme piuttosto quello di truffa. Delle frodi *letterarie* consistenti nel pubblicare libri sotto nome di celebre autore, e delle frodi degli *antiquarii* consistenti nel simulare monete antiche od altri consimili oggetti per venderli a più caro prezzo in

gannando i creduli, disserta Hommel *literatura juridica pag.* 238, §. 8.

§. 2350.

Se poi lo artifizio cadde sulla *qualità* della merce ci sorge innanzi un nuovo corso d'idee. O la qualità inferiore che è stata data non *era nociva alla salute;* ed allora refluisce sulla punibilità del fatto la distinzione fra inganno nella *sostanza* e inganno nelle *condizioni:* insegnandosi comunemente (1) che quando lo inganno cadde soltanto sulle *condizioni* della merce (per esempio si è data tela nostrale per tela di Olanda, si è dato ferro forestiero per ferro nostrale, vino di Napoli per vino di Francia) non siavi luogo a repressione penale; ma invece sorga il delitto quando vi fosse differenza nella *sostanza* (per esempio si mischiò col zucchero la polvere di marmo) e ciò per cagione dello artifizio *materiale* adoperato. Dove però o la *qualità* o la *sostanza* portino un detrimento alla salute, allora s'incontra un nuovo obiettivo nel diritto *universale* dei cittadini che non siano poste in circolazione sostanze alimentarie nocevoli; e il reato fa passaggio tra i sociali, quelli cioè contro la *pubblica salute.* In faccia a questa è un atomo il danno di poche lire sofferto dal privato.

(1) Si vedano su questo argomento Morin *art.* 8261 *et art.* 7899, e l'art. 423 del codice Francese; e le dissertazioni inserite nella *Revue critique vol.* 23, *pag.* 482 *et vol.* 26, *pag.* 332. Modernamente si è fatto sentire il bisogno di provvedere con sanzioni speciali alle frodi adoperate nella vendita dei conci per ingrasso alle terre, del solfo destinato a combattere la fatale crittogama, del seme di bachi da seta,

e simili. Un' alterazione o falsificazione di sostanze in siffatti generi può esporre una intera provincia alla miseria, restando delusa negli sperati prodotti delle terre, delle vigne, o delle bigattiere; e può veramente ravvisarsi un interesse pubblico avverso tali fatti che di gran lunga trascenda la importanza del valore della merce comprata. E poichè a tali casi non si potevano adattare le vecchie provvisioni tutelatrici della salute pubblica perchè non trattasi di sostanze alimentarie, opportunamente ripararono i moderni legislatori con ordinamenti speciali. Si vedano su questo argomento i quattro giudicati della Cassazione di Francia del 29 agosto 1857; 30 dicembre 1859; 8 aprile 1864; 22 febbrajo 1861, e la critica che ne fece Rozy negli *Annali dell' Accademia di Tolosa anno* 1865, *pag.* 321.

§. 2351.

Il criterio misuratore della quantità di questo reato si costruisce sulla ragione composta della importanza della lesione recata all' altrui diritto, e della callidità maggiore o minore nella macchinazione adoperata. La prima evidentemente costituisce la misura del danno immediato, e così della quantità naturale (1): la seconda quella del danno mediato, e così della quantità politica del malefizio.

(1) Nella frode, a differenza della truffa, è costante la regola che la misura della pena non si desume da ciò che abbia il colpevole indebitamente lucrato, ma dallo intero valore della cosa carpita ad altri: *Annali Toscani XV*, 1, 188. Ciò procede anche nella truffa quando il colpevole siasi *appropriata* la cosa (*Annali Toscani XI*, 1, 174) e si limita quando l' abbia data in pegno (*Annali Toscani XVII*, 1, 334) e in generale quando la truffa non abbia spogliato

della intera proprietà della cosa ma soltanto abbia servito al colpevole a cavarne un parziale ma indebito profitto.

§. 2352.

Generalmente lo stellionato si considerò sempre come delitto di azione pubblica (1) perchè nel reprimere codesti raggiri vi ha interesse tutta la società. E simile principio deve mantenersi oggidì più che mai, poichè questo delitto è divenuto il delitto prevalente del secolo. A misura che gli uomini si disgustano dalle nequizie violente, le inclinazioni prave li spingono alle nequizie artificiose. Questo movimento della criminalità è osservato generalmente in tutte le statistiche dei popoli più culti ed ha un fondo di verità salvo quello che ho avvertito di sopra.

(1) Lo *stellionato* dell' antica pratica differiva dalla *frode* attuale principalmente in questo che desso era di azione *semipubblica*; gli occorreva cioè lo eccitamento del leso perchè la giustizia si muovesse, ma una volta mossa era libera in tutta la sua azione anche contro i complici non querelati dall' offeso, nè si arrestava per la quietanza di lui: *Annali Toscani XII*, 1, 13-14. Sulla questione della influenza di un giudizio civile nell'accusa di frode vedasi Niccolini *questioni di diritto part.* 4, *quest.* 18.

§. 2353.

Ciò nonostante vi sono due forme di stellionato che vogliono essere lasciate fra i delitti di azione privata perseguitabili a querela di parte: e sono la vendita (1) di cosa non sua e la ipoteca di fondo

non libero dichiarato tale. In questi due casi vi è pochissimo danno mediato poichè potendo dai pubblici registri rilevarsi la proprietà vera di un fondo e le sue condizioni ipotecarie, deve sempre imputare a sè stesso chi pretermise le opportune verificazioni e fu corrivo a credere alle parole altrui.

(1) Sotto quelle legislazioni che non ammettono prova testimoniale oltre una certa somma si è voluto disputare se una frode superiore a quella somma potesse senza principio di prova scritta provarsi con testimoni, perchè si verrebbe a provare il contratto. Ma il dubbio non mi sembra fondato, perchè alla prova del dolo deve aprirsi largo campo: vedasi Morin *art.* 7923, e *art.* 8385.

§. 2354.

Riassumendo il fin qui detto se ne concludono le seguenti proposizioni — 1.° Che a dar vita allo stellionato non basta qualunque frode diretta allo inganno altrui, se non è accompagnata da un *apparecchio esteriore* capace ad illudere — 2.° Che ciò non basta se la frode non è diretta al fine di *lucro proprio* od *altrui* (1) — 3.° Che anche l' inganno a fine di lucro non costituisce stellionato quando vi si mescola un *altro oggettivo* per cui degeneri il fatto in diverso reato — 4.° Che oltre tutto ciò il lucro al quale si agogna deve essere *indebito*. La prima proposizione è dimostrata di sopra.

(1) È indifferente che la frode sia diretta al fine di *lucro proprio*, oppure di *lucro altrui:* Morin *art.* 8152. Ciò d' altronde non è che lo svolgimento di una idea generale e comune anche al furto: il quale è sempre furto senza

modificazione di essenzialità, quantunque rubisi per donare ad altri.

§. 2355.

La seconda proposizione si dimostra per cento esemplificazioni, nelle quali, benchè si abbia una frode con apparecchio esteriore architettata allo inganno altrui, nessuno ravvisò mai stellionato, perchè non essendovi *fine di lucro,* mancava l'aggressione alla proprietà indispensabile allo stellionato. Una frode può ordirsi a fine d'ingiuria per mettere altri in ridicolo; o per diffamare una donna, facendola credere disonesta. Una frode si può ordire a fine di libidine, ingannando con apparecchi esteriori una donzella a fine di ratto o di stupro. Una frode ugualmente può ordirsi a fine di esimere un arrestato, di condurre a termine una congiura: e via così discorrendo. In tutte queste e in consimili ipotesi, la mancanza del fine di lucro toglie che si possa neppure un istante volgere lo sguardo sul titolo di *stellionato* per sostituirlo al titolo di *diffamazione,* di *ratto,* di *stupro,* di *esimizione,* di *cospirazione*, e simili.

§. 2356.

La terza proposizione si dimostra con la nozione di altri reati, nei quali si ha tutta la soggettività della *frode diretta* allo *inganno altrui* con *apparecchio esteriore,* e si ha inoltre il *fine di lucro;* eppure si elimina il titolo di stellionato per lo intervento di una oggettività ulteriore. Valga lo esempio delle *concussioni improprie.* Chi si finga agente della pubblica forza, o Camarlingo, e simulando tali

qualità, estorca denaro, non lo dite già responsabile di scroccheria o stellionato, quantunque soggettivamente vi siano tutti i caratteri della frode. Chi simulando amicizia col magistrato dà a credere ad altri di comprarne i favori per carpire denaro, voi non lo addebitate di stellionato, quantunque l' anima della sua operazione criminosa sia la frode e il fine di lucro. O la violenza implicita o l' insulto alla giustizia che si mescolano in queste frodi, fanno obliare il titolo supplementario, e scomparire l' oggettivo della proprietà reale; e ci troviamo in faccia ad ordini più elevati di malefizio.

§. 2357.

La quarta proposizione si dimostra con l' esempio della *ragion fattasi.* Chi essendo creditore di altri, architetti una sottilissima frode per venire in possesso del denaro del suo debitore e pagarsi, o dell' oggetto suo proprio per ricuperarlo, non potrete accusarlo giammai di stellionato o scroccheria, ma unicamente di una *ragion fattasi,* se vi ha luogo. Da questo riassunto comprendasi tutta la elasticità del titolo che qui abbiamo esaminato.

§. 2358.

Ma questa ultima osservazione merita chiarimento. Potrà forse dubitarsi che lo applicare al caso della frode del creditore il titolo di *ragion fattasi* incontri ostacolo nella prevalenza della penalità quando si vede che nel caso di ingente lucro la pena minacciata alla frode dal codice supera di assai quel-

la minacciata alla ragion fattasi con inganno. Ma l' obietto non ha consistenza, per uno avvertimento che vuol esser fatto sotto un punto di vista più generale. La teorica della prevalenza (notisi bene) è la regola che guida il giurista quando vi è *concorrenza di due reati* nell' identico fatto. Ma tutte le volte che noi diciamo sparire il furto o lo stellionato per l' *animo di farsi ragione* dal quale moveva lo agente, noi non applichiamo quella teorica, perchè non vi è più *concorrenza di due reati*, fra i quali si debba scegliere il titolo da obiettarsi al colpevole. L' animo di ricuperare il proprio fa sparire dall' azione che materialmente presenterebbe un furto o uno stellionato, lo elemento della *aggressione alla proprietà altrui*, che è essenziale (1) in quei malefizi. Non si dice che il reato di furto o di stellionato sia *assorbito* nel concorrente titolo di ragion fattasi: si dice al contrario che a cagione di quell' animo *cessano* i caratteri dello stellionato e del furto, e che scomparendo questi due titoli, la ragion fattasi è il *solo* malefizio che rimanga obiettabile. Non si ha più un ladro o un usurpatore dell' altrui, ma un cittadino che volle sostituire l' arte o la forza propria alla autorità giudiciale: in ciò consiste la criminosità.

(1) È in questo senso esattissima la nozione che porge della frode l' art. 404 lett. f del codice Toscano: perchè non si limita a richiedere una consegna od un lucro od un guadagno che il colpevole si sia procurato, ma vuole di più che il guadagno sia INGIUSTO: ciò mira appunto ad eliminare dalla frode la ragion fattasi; cosa non abbastanza avvertita in altri codici.

§. 2359.

La penalità che il codice Toscano minaccia alla frode varia secondo i casi tra quella segnata al furto semplice e quella della truffa: vale a dire la carcere più o meno prolungata secondo la quantità del danno. È però da notarsi che il codice Toscano contemplò il caso speciale del padrone che riprenda la cosa sua o dal *custode del sequestro giudiciale*, o dal *creditore* che l'aveva in *pegno:* e questo fatto che comunemente dai pratici come notammo di sopra (§. 2031) si dichiara furto, il nostro codice lo chiama *frode,* ma lo punisce con la pena della *truffa.* Che se poi il debitore che ha sottratto in tal guisa la cosa sua *torna a chiedere* dal sequestratario o dal creditore la cosa stessa che egli ha sottratto, lo dichiara parimente colpevole di *frode,* e lo punisce con la pena del furto semplice. Ma la definizione del primo caso non è esatta, a parer nostro, perchè combinandolo col secondo caso, chiaro si scorge che nei termini della prima ipotesi dev' essere escluso nel debitore che ripiglia la cosa sua l'animo di richiedere la cosa stessa, e di farsene pagare il valore; e così l'animo di ledere l'altrui proprietà: il qual animo si ha nel secondo caso non in quanto si è ripresa la cosa propria, ma in quanto si vuole poscia costringere il custode o il creditore pignoratario a pagarne il prezzo; nel che si sviluppa l'attacco all' altrui proprietà. Laonde nel primo caso suddetto tutta l'azione svolgendosi intorno al *possesso* di una cosa che è proprietà del colpevole bisogna dirla furto (*furtum possessionis*) se si considera come oggetto

della sua criminosità il diritto di pegno, e il possesso che questo diritto porta seco, e che mediante la sottrazione si viola: o bisogna dirla una *ragion fattasi* se la criminosità si ravvisa nell'animo di farsi privata giustizia esercitando il diritto di proprietà in spreto del decreto o del patto. Ma non si sa davvero come possa chiamarsi frode, poichè non trovasi dove sia in codesto primo caso l'artifizio, o l'inganno. Vi è una vera e propria *contrectatio invito possessore.* Il divario sta in questo che la contrettazione non è fatta *invito domino* ma anzi dal domino stesso. Ciò può condurre ad impropriare il furto, e costituirne una figura speciale: ma non può davvero assimilare il caso alla *truffa,* poichè non vi fu consegna spontanea, nè abdicazione o perdita di possesso per parte del leso: nè assimilarlo alla *frode,* ossia *stellionato,* poichè non vi fu nè menzogna nè inganno. Il codice Sardo anch'esso all'art. 626 punisce con carcere (al quale aggiunge la multa) il reato di frode, lasciando ampia larghezza nei *minimi:* ed in generale tutti i codici contemporanei sono assai miti (1) contro questo genere di delitti.

(1) Può dirsi generale appo le genti cristiane che adorano il Dio di mansuetudine la idea che in tutti i delitti la frode incontri pena minore della violenza. Sembra però che i filosofi pagani la pensassero diversamente: Cicerone *de officiis* (1, 13) insegnò — *duobus modis, aut vi, aut fraude fit injuria; fraus quasi vulpeculae, vis leonis videtur; utrumque homine alienissimum, sed fraus odio digna majore.* Ma la scienza che ha trovato lo elemento politico del delitto nello allarme dei buoni, lascia ai moralisti, ai poeti ed ai romanzieri la disputa se più sia da odiarsi la viltà della frode, o la ferocia della violenza; e insegna si punisca di

più dove più si sveglia la trepidazione dei cittadini. A questo concetto di mitezza nei casi di frode s' inspirarono anche gli antichi Statuti. Così le leggi Venete *(leggi criminali del dominio Veneto, edizione del* **1751**, *pag.* 33) minacciavano contro lo stellionato, del quale lamentavano la frequenza, un anno di prigione e sette anni di esilio. Lo Statuto di Bologna (Monterentio *rubrica* 38, *lib.* 5, *pag.* 160) minacciava una multa. È però da avvertirsi che in generale le antiche leggi si mostrarono più benigne verso lo stellionato proprio, quello cioè che consiste nel vendere od ipotecare a due il medesimo stabile, e più severe contro le frodi cadute sui mobili o contanti. La ragione della differenza è intuitiva emanando dalla diversità degli effetti civili.

§. 2360.

Si assimila volentieri alla frode la *improba mendicità* (1) quando essa è qualificata da qualche particolare artifizio menzognero. In genere la mendicità è *improba* tutte le volte che si è pigliata per mestiere da chi potrebbe con sano corpo procacciarsi il pane col lavoro, obbedendo alla suprema legge provvidenziale che a tutti gli uomini impone il debito di esercitare utilmente la propria attività; ma per tedio della fatica preferisce tender la mano ai passeggieri. Finqui peraltro la *mendicità* sebbene improba si considera generalmente come una semplice trasgressione di polizia. Essa può assumere i caratteri di vero delitto quando sia congiunta ad una *macchinazione* mendace tendente ad eccitare la pietà dei cristiani con falsi certificati d' incendii e disastri patiti, o falsi del tutto, o attribuiti a diversa persona (2).

(1) *L. unica C. de mendicantibus validis* — Leyser *meditationes ad pandectas specimen* 617, *meditatio* 8, *et seqq.* — Carpzovio *practica quaest.* 93, *n.* 72 *et seqq.* — Alphani *juris criminalis liber secundus tit.* 25, *pag.* 629 — Caravita *institutionum criminalium lib.* 4, *cap.* 18, *pag.* 349 — Jousse *de la justice criminelle part.* 4, *tit.* 56, *art.* 2, *pag.* 155 — Wichers *dissertatio de mendicantibus et vagabundis* — Van Lennep *de mendicantibus validis* — Vouglans *les lois criminelles de France lib.* 3, *tit.* 8, *chap.* 4 — *Responsa Tubingensia vol.* 4, *respons.* 83 — Blanche *quatriéme ètude pag.* 355 *ad* 385.

(2) Io vidi una povera vedova alla quale era abbruciata la casa, ed il parroco l'aveva provveduta di un eloquente certificato. Ma la miserella vergognandosi a gire attorno si lasciò accalappiare da certi mariuoli che per un cento di lire comprarono il certificato. E poscia durando parecchi mesi a correre le campagne si arricchirono largamente su quella sventura. A me parve questa una frode. Ma lo sarebbe poi certamente se il certificato fosse falso e la calamità inventata. Vi sarebbe la *mise en scène* che vogliono i francesi come estremo della scroccheria.

§. 2361.

Meritevoli pure di speciale considerazione, e noverabili tra le frodi criminose sarebbero tutte le arti che si adoperano troppo spesso nel *giuoco* dai giuocatori di vantaggio. Già nel mio *terzo foglio di lavoro sul Progetto di codice penale Italiano,* io manifestai il mio pensiero su questo argomento. I legislatori in generale si sono dati gran furia a proibire i giuochi d'azzardo, quasichè i giuochi d'arte non si potessero rendere ugualmente rovinosi alle famiglie con la grossa scommessa. Io vorrei invece che più seriamente si provvedesse alle malizie fro-

dolente le quali avvengono nei giuochi d'arte forse più efficacemente che negli altri (1).

(1) Di alcune frodi nel giuoco trattò specialmente il Behmero *novum jus controversum observatio 4, et observatio 5*, dove parla delle lotterie private: e ne porge una esemplificazione Morin *art.* 8201 *et* 8357.

§. 2362.

Su questo proposito io m'incontrai nelle mie pratiche in una questione che mi parve elegantissima. Vi ha egli *frode punibile* nel fatto di chi dissimula la propria abilità in un giuoco d'arte per trarre i gonzi a più grossa scommessa? Chi ha osservato come pur troppo anche nelle più civili riunioni si usi un tale artifizio nei giuochi di biliardo, ed altri simili, per guadagnare larghe somme sui giovinetti inesperti e presuntuosi, pronuncierà tosto la negativa. Ma io dovetti disingannarmi (1): e vidi prevalere la opinione che valesse a costituire la frode anche la *reticenza* della *propria abilità*. Se questa proposizione venisse universalmente accettata se ne confermerebbe il mio pensiero; esservi nel mondo maggiore frequenza di frodi nei giuochi di sapienza e di ginnastica che nei giuochi detti di azzardo: perchè in questi (tranne il baratore la cui nequizia non è disputabile) non vi è nessuno che possa dirsi sicuro di vincere; mentre negli altri avvi nella generalità dei casi uno dei due che è sicuro di non correre risico alcuno.

(1) Trattavasi di un giovine ligure di aspetto assai civile e svelto della persona, il quale avvicinato in Livorno un uomo

denaroso aveva posto in campo un suo giuoco ginnastico consistente nel configgere in una tavola una moneta da cinque paoli gettandovela contro a colpo con la mano. All' uomo denaroso parve impossibile ciò, e scommesse: ma la moneta cadde e il giuocoliere perdette. Rinnuovata la scommessa sempre per piccola somma la moneta non si confisse. Allora il giovine s' infuriò e tratti fuori dalla ventriera trecento napoleoni d' oro offerse giuocarli tutti. L' altro che credette aver trovato il suo pazzo, tenne la scommessa, ma la moneta si conficcò nella tavola come per incanto. Il perditore immaginò di essere rimasto vittima di una mistificazione. Invocò la giustizia: si arrestò il giovine ligure: e si fece processo. Il giudice istruttore chiamò dei periti fiscali, e questi sempre ossequenti al debito di dire ciò che vuole l' accusa proclamarono *impossibile* quel conficcamento; e nel talento loro immaginarono che il giuocoliere avesse in tasca un pezzo di acciaio a bordi taglienti della forma di una moneta di cinque paoli e che alla terza prova avesse fatto destramente lo scambio. Forte di questa bella scoperta l' accusa formulò l' addebito dello artifizio colpevole nel baratto della moneta; e quando ciò fosse resultato avremmo indubitatamente avuto gli estremi della frode. Recatomi alle carceri a contestare il concetto dell' accusa al mio raccomandato, egli mi rispose ridendo col chiedermi una moneta da cinque paoli che tosto gli diedi, poichè allora usava di averne per tasca. Egli si diede a scagliare quella moneta contro gli usci del carcere, contro la panca su cui sedeva, contro gli sporti delle finestre, e colpo colpo la moneta si conficcava. La prova era infallibile. E quando alla pubblica udienza io ebbi mostrato a quei signori periti che lo effetto dichiarato *impossibile* dalla loro presunzione era un effetto *costante* sotto la mano esperimentata del mio cliente, io credetti di aver conquiso l' accusatore. Ma la Corte Regia di Lucca rovesciò la situazione, e proclamando che il conficcamento della moneta era certo per lo accusato, trovò la frode di lui nello avere occultato la propria abilità e nello avere scommesso dove non era alea di sorta alcuna. Così

inflisse a quel disgraziato sette anni di casa di forza; e inutilmente ricorsi alla Cassazione. Da questo fatto io ne costruii la deduzione giuridica che è *frode dissimulare maliziosamente la propria abilità in un giuoco di arte*. E se questa regola fu vera pel giovine ligure lo deve essere per tutti. L'Albertini, nel *commento al codice Austriaco* §. 834, espressamente insegnò che lo stringere un contratto *aleatorio con la certezza di vincere* è frode punibile. Ma io veggo una differenza fra il giuoco d'*alea* ed il giuoco ginnastico. Nel primo il perditore è ingannato dall'*altro* perchè crede di correre un'alea la quale non esiste: nel secondo è ingannato da sè medesimo e dalla sua presunzione; perchè l'altro invece d'ingannarlo gli *afferma* che egli sarà capace di fare quella tal cosa, per esempio un salto di dieci metri, e scommette; mostrandosi in tal guisa sicuro della riuscita: e se il perditore ha scommesso non è vittima dello aver creduto all'altro, ma è vittima invece della propria diffidenza e del non avergli voluto credere. Vedasi la dissertazione *de alea* di Enrico Cock, *Trajecti* 1819, *cap.* 2.

Titolo V.

Falso privato

§. 2363.

In tutte le frodi abbiamo veduto essere costante compagna la falsità: mentre o con parole o con fallacia di segni esteriori, sempre mentire è la divisa dello scrocchio. Ma per antica consuetudine dei giuristi si è dato quasi per antonomasia il nome di *falso* a quella menzogna che si estrinseca col mezzo di scrittura. La menzogna verbale o reale darà lo *stellionato:* se in un giudizio la *falsa testimonianza:* se mentita l'apparenza di una moneta il *falso num-*

mario. Ma quando dicesi questo è un reato di falso, senza altro aggiungere, s' intende designare il *falso documentale,* cioè quella falsità che prende sua vita in un documento destinato a fare prova di un qualche rapporto obbligatorio fra gli uomini (1).

(1) Vedasi Van Raden *de differentia falsi et stellionatus.*

§. 2364.

Il falso documentale è uno degli argomenti più perplessi nella dottrina penale. Diversamente se ne costruisce la teorica dai vari criminalisti, e la diversità della costruzione porta divario nelle più vitali conseguenze. La ragione di ciò io credo trovarla in questo che i criminalisti sonosi ostinati a considerare e descrivere come un *solo delitto* due fatti che per le loro condizioni ontologico-giuridiche sono in faccia alla verità due *delitti essenzialmente distinti,* quantunque *per accidens* corrano sotto il medesimo nome. Si è necessariamente osservato che i documenti falsificati potevano essere o *pubblici* o *privati;* si è sentita una difformità d'interesse fra caso e caso; e quindi si è distinto nella penalità tra falso in *documento pubblico* e falso in *documento privato,* ritenendo però sempre che queste due forme costituissero una identica *specie,* ed appartenessero alla stessa *famiglia* di reati. Questo è un errore; e da tale errore ne è derivato che volendo stringere la teorica del falso documentale in certe regole generali comuni ai due falsi suddetti, se n' è contraffatta la natura giuridica o dell' uno o dell' altro; ed è nata confusione e discordia nei criterii essenziali

e nei criterii misuratori di quei due reati i quali per le intrinseche loro condizioni dovevano considerarsi come due *specie distinte* che niente hanno di comune fra loro tranne la identità del soggetto passivo (la carta); e dovevano collocarsi in due *famiglie* assolutamente diverse. Lo che avrebbe condotto a dettare per ciascuno di quei reati i precetti consentanei alla indole respettiva quantunque spesso contrarii.

§. 2365.

Il *nome* non fa la cosa. Ebbe il nome di *baratteria* il mercato della giustizia come la frode del capitano; ma per questa accidentalità di nome non si collocarono già i due reati nella stessa famiglia. Obbedendo al criterio regolatore desunto dalla diversa oggettività giuridica si collocò l' uno fra i delitti politici o sociali, perchè il suo oggettivo era la pubblica giustizia; e si pose l' altro fra i delitti naturali perchè il suo oggettivo era la proprietà privata. Si chiamò pure *concussione* o *estorsione* ora il fatto del pubblico ufficiale che scrocca denaro con abuso di ufficio, ed ora il fatto del privato che con violenza morale spoglia il suo simile: ma non si collocarono già i due casi nella stessa classe: e ciò non si sarebbe potuto fare senza errore, perchè avevano diversa oggettività giuridica prevalente. Essendo nell' uno la offesa alla pubblica giustizia, questa lesione di un diritto universale prevalente lo condusse nell' ordine dei delitti *sociali* e nella famiglia dei reati *contro la giustizia;* mentre l' altro rimase nell' ordine dei delitti *naturali* e fra i reati *contro la proprietà,* perchè in lui era la sem-

plice lesione del diritto di proprietà privata senza il concorso di un danno immediato universale. Lo stesso dicasi di altri casi, e lo stesso doveva farsi del *falso;* perchè il criterio determinante della nozione dei reati non può essere nè lo *accidens* del nome, nè lo *accidens* di una materialità, ma soltanto la natura del *diritto leso* col maleficio: e nel caso di lesione di più diritti il diritto prevalente.

§. 2366.

Nel falso documentale lo essere il documento o *privato* o *pubblico* non induce soltanto una differenza di *gravità* relativa. No: ne emerge una diversità di *oggetto,* cioè una diversità di diritto leso. Nel falso pubblico si mira dal colpevole ad offendere la proprietà privata come nel falso privato. Ma in quello il mezzo volontariamente scelto cadendo sopra una carta alla quale le sociali istituzioni danno autorità di far fede rimpetto a tutti, ne avviene che la pubblica fede rappresentante un diritto universale di tutti i cittadini che hanno comune interesse al rispetto dei documenti pubblici, presenta una *lesione mezzo* preponderante sulla *lesione fine:* quindi per ossequio alle regole cardinali (§. 170) e per necessità logica la prevalenza del mezzo sul fine conduce il reato di *falso in documento pubblico* nella classe dove lo chiama il *mezzo;* e deve, se vuolsi essere esatti ed obbedienti alla verità ontologica, portarsi questo reato nell' ordine dei *sociali* e nella famiglia dei delitti *contro la pubblica fede.* Al contrario nel falso *privato* mancando questa preponderanza di mezzo sul fine, esso

deve restare fra i delitti *naturali* e nella famiglia dei reati *contro la proprietà;* perchè quando si falsificò od alterò una firma od uno scritto privato non è possibile escogitare un interesse universale e comune a tutti i cittadini al rispetto di quella firma o di quello scritto; non è possibile affermare che per l' alterazione dello scritto privato s'inferisca un *danno immediato* comune a tutti i cittadini. Lo elemento politico del reato sta in questa forma nel solo *danno mediato,* perchè tutti i cittadini si commuovono al timore che il fatto si rinnuovi a pregiudizio loro. Ma nessuno può dire che il fatto *già avvenuto* abbia direttamente leso un suo diritto; perchè la scrittura privata non essendo destinata a far fede che tra le parti contraenti, non è una cosa alla quale abbiano un interesse comune tutti i consociati. Il diritto universale alla *opinione della propria sicurezza* è offeso dalla forza morale oggettiva del delitto, come è necessario che lo sia (§. 13) in ogni fatto pravo perchè rettamente gli si attribuisca il carattere di malefizio: ma la forza fisica oggettiva del reato non colpisce nel falso privato che un mero diritto *particolare,* non potendo Cajo asserire che fu attaccata la *propria sicurezza* quando si alterò un foglio privato emesso da Tizio. Il falso *pubblico* ed il falso *privato* sono dunque due enti giuridici intrinsecamente differenti, perchè l'ente giuridico si determina dal diverso *oggetto,* e nei malefizii dal diritto leso. Il falso pubblico è assolutamente un reato contro la *fede pubblica* (e lo esporremo al suo luogo) il falso privato è un delitto contro la proprietà (1) privata e niente di più: è

una forma speciale (e se vuolsi più odiosa) di usurpazione della proprietà dei singoli mediante inganno.

(1) Dico proprietà: e importa fermarsi su questa parola. Anche qui s' incontra una differenziale nella nozione del falso nel linguaggio delle diverse scuole e nelle formule accolte dai diversi legislatori. Il codice Toscano parla in genere di fabbricazione o alterazione di *documento*. Il codice Parmense (art. 469) parlava specificamente di *scrittura atta a produrre obbligazione o liberazione;* il codice Sardo (art. 350) il Francese (art. 147) e il Napoletano (art. 293) contemplano ogni scrittura che in qualunque modo possa nuocere ad altri. La differenza non è di vocaboli ma di sostanza. La formula parmense letteralmente esprime un *rapporto obbligatorio* nascente dallo scritto falsificato, come condizione del maleficio. La parola *documento* è più vasta e comprende tutto ciò che *fa prova di una qualche cosa (docet)* indipendentemente ancora da ogni vera e propria *obbligazione*. Nella pratica la diffenza può divenire rilevantissima. Ora se trattasi di documento *pubblico* il reato di falso potrà esistere anche indipendentemente da ogni rapporto obbligatorio privato che voglia crearsi o distruggersi mediante quello; perchè la inviolabilità del documento alla quale hanno interesse tutti i cittadini esaurisce il suo oggettivo giuridico. Ma nel foglio *privato* male potrebbe affermarsi altrettanto. Non può essere delitto il mero fatto di scrivere il mio nome sopra un foglio, o d'imitare il mio carattere, o portar la penna sopra uno scritto da me esarato, se ciò non si faccia per un fine delittuoso: perchè io non posso vantare il diritto assoluto alla *inviolabilità* o *inimitabilità* del mio carattere come non ho diritto ad impedire che altri ritragga i miei lineamenti. La criminalità starà nel *fine* per cui si scriva il mio nome, o si alteri o si imiti la mia scrittura. Tanto è ciò vero che il reato di falso può esistere anche quando si alteri la *scrittura propria;* come se io corregga per fine di danno altrui i miei libri di amministrazione o una obbligazione già da me esarata di mio

pugno e consegnata ad altri. Il delitto dunque sta nel *fine*. Laonde se il fine è innocuo sparisce ogni idea di reato: e quando il fine è colpevole il malefizio varierà secondo la diversità del diritto che con tal fine si aggrediva. È facile darne degli esempi. Si può alterare la scrittura privata per fine di *calunnia:* contrafeci la lettera di un inquisito per inserirla in un processo criminale onde farlo condannare innocente. Lo si può per fine d' *ingiuria:* contrafeci lettere amorose di una donna per farle circolare a suo scorno. In questi e simili casi si avrà la falsità di un *documento (quia docet)* ma non sarà un documento che crei obbligazione o discarico. Se ciò si fosse fatto sopra un documento pubblico primeggerebbe sempre il titolo di falso, perchè la materialità dell'alterazione direttamente offende cosa che rappresenta un interesse sociale. Ma del foglio privato non potendo dirsi altrettanto avverrà che il falso divenga pedissequo al malefizio definito dal fine speciale; e si abbia una calunnia, o una diffamazione qualificata dal *mezzo* più odioso o più temibile. Ma su tali combinazioni avremo occasione di ritornare quando tratteremo a suo luogo del falso pubblico. Questo ho voluto qui notare per mostrare che il falso privato è piuttosto una qualifica di altri reati che un reato di per sè stante. Con ciò mi spiego il perchè io udissi i giudicanti lamentare talvolta che la pena del falso pareva loro troppo dura, e tale altra volta che pareva loro troppo mite. Quelli avevano a giudicare un caso che pel suo *fine* di poco interesse presentava un delitto più lieve; questi avevano a giudicare un caso che per la enormità del suo fine presentava un reato gravissimo. Il difetto radicale stava nello avere la legge definito il reato e la pena con solo riguardo al mezzo. Se si fosse fatto lo stesso per la *violenza* si sarebbe urtato nel medesimo scoglio. Supponete un articolo che dica il *delitto di violenza* è punito *sic* (!). Sarà egli possibile che il giudice non trovi la pena esorbitante o per mitezza o per severità secondochè deve applicarla o ad una ragion fattasi, o ad un bacio violento, o ad un furto violento nel domicilio?

Cercare la definizione del reato nel mezzo è pericoloso. Ciò si evitò nella maggior parte dei delitti. Non si evitò nel falso, perchè la errata identificazione del titolo di falso *pubblico* o di falso *privato* confuse le menti.

§. 2367.

Ora non credasi che questa rettificazione conduca soltanto ad effetti tecnologici o di puro metodo. No: essa mena a conclusioni vitali e di rilevantissimo effetto. Ciò si scorge per molti punti, come (a cagione di esempio) nello studio dei *criterii misuratori* del malefizio; li quali nel falso privato hanno per punto culminante il più od il meno del valore usurpato, mentre nel falso pubblico subiscono potentemente lo influsso della maggiore o minore importanza *formale* del documento falsificato, dipendendo (come esporremo a suo luogo) dallo avere o no il documento *pubblico* anche il carattere di *autentico*, vale a dire di far fede del suo contenuto *fino alla inscrizione in falso.*

§. 2368.

Ma la maggiore importanza di questa rettificazione incontrasi nella ricerca relativa a determinare il vero *momento consumativo* del malefizio: argomento di sommo interesse. Ella è regola quasi costante nei delitti sociali (e ne vedremo a suo tempo per largo lo sviluppo concreto) che i delitti sociali siano per lo più *formali;* vale a dire che alla loro consumazione non si richieda il raggiungimento del *fine* speciale del colpevole, cioè la *effet-*

tiva lesione del diritto dello individuo od individui contro i quali si agiva. In tutti i reati anche sociali il colpevole muove guerra ad un individuo o ad alcuni individui determinati, perchè mira sempre a soddisfare la sua passione od avvantaggiarsi con danno di questo o di quello. Anche il perduelle mentre fa crollare la società non ha in mira che di attaccare il diritto del Re e sostituire in sua vece o sè medesimo od altri. Ma nel delitto sociale il colpevole sceglie per mezzo lo attacco di cosa alla conservazione della quale hanno interesse tutti i consociati, e così lede immediatamente un diritto universale a tutti comune. Ed ecco che il reato diviene *complesso:* e poichè il diritto universale attaccato come mezzo ha una prevalente importanza politica sul diritto particolare alla cui lesione mira specialmente il colpevole, così ne deriva la conseguenza metodica che il reato passa nell' ordine dei sociali; e la conseguenza sostanziale che quando lo agente esaurì l' attacco contro il diritto universale (quantunque ciò non fosse per lui che un mezzo) ha già *consumato* il maleficio e non può più pretendere che lo si tenga a calcolo per semplice *tentativo.*

§. 2369.

E questò precisamente avviene nel falso *pubblico,* il quale per dottrina ormai ricevuta in tutte le migliori scuole è delitto pienamente consumato e perfetto tostochè fu falsificato od alterato il pubblico documento, senza aspettare che il colpevole abbia *fatto uso* in qualunque modo del documento contraffatto, e molto meno che abbia realizzato l' utile che spe-

rava, o il danno altrui che intendeva arrecare. Di qui la regola comunemente registrata nei codici odierni che il falso pubblico si punisca come delitto perfetto e si abbia nel suo completo, così nella sola alterazione non ancora susseguita dall'*uso*, come nel solo *uso* non ancora susseguito dalla locupletazione.

§. 2370.

Ma nel falso privato non può senza esorbitanza affermarsi altrettanto. Chi è che possa seriamente asserire che se alcuno nel suo privato scrittojo imita il mio carattere o fabbrica una obbligazione a mio nome, abbia già consumato un delitto? Come posso io sostenere di avere il diritto che nessuno scriva il mio nome sopra un foglio di carta? o che nessuno imiti il mio carattere? o che nessuno porti la penna emendatrice sopra un mio scritto? Con ciò non è ancora esordito lo attacco alla mia *proprietà reale;* e male si affermerebbe un diritto di proprietà personale alla inimitabilità del nostro carattere. La fabbricazione del falso privato non è dunque, tranne condizioni eccezionali, che un atto preparatorio finchè si eseguisce sopra una carta che è nel *possesso* e nella *proprietà di chi vi scrive:* e per me non dovrebbe costituire neppure il tentativo punibile. Il conato punibile incomincia allora quando si fa uso della privata scrittura contraffatta; fino a questo momento il foglio alterato sta sul tavolo dello scrivente come il libello diffamatorio preparato per divulgarsi e che per universale consenso non costituisce tentativo di diffamazione.

§. 2371.

E dissi finchè è nel *possesso* dello scrivente, perchè se io tengo un foglio privato che mi assicura un qualche diritto, ed altri introdottosi nel mio scrittojo lo alteri, o lo sopprima; oppure lo sopprima o lo alteri un terzo che lo ha in deposito e lo tiene per conto mio, la cosa è diversa: anche col solo portare la mano sul *foglio* si può esordire e nei congrui casi consumare l'aggressione al mio *diritto:* intendasi bene, non ad un diritto astratto che abbia per suo oggetto il carattere e la sua non imitabilità, ma il diritto concreto su quel *foglio* che è soggetto passivo dell'atto, e che è *proprietà mia.* Tranne tale ipotesi finchè alcuno scrive sopra un foglio sul quale non aveva io ancora *quesìto un diritto,* egli potrà (secondo i pravi suoi fini) preparare un reato ma non ha ancora incoato univocamente lo attacco di un diritto. Ma poichè l'unico obiettivo di questo reato è la proprietà, così l'uso anche definitivo della falsa scrittura privata, se esaurisce i termini del conato imputabile, non esaurisce i termini del falso *consumato* finchè non è avvenuto lo spoglio del privato. Tutto al più potrebbe trovarsi nell'uso della privata scrittura un delitto perfetto quando tale uso si fosse fatto in un giudizio civile ove la falsa scrittura privata si fosse definitivamente prodotta: perchè allora vi si potrebbe scorgere da un occhio linceo una offesa alla giustizia che si voleva ingannare; e si è tentato in certa guisa di dare alla scrittura privata il carattere di documento pubblico procurandone la sanzione dalla autorità giudiciaria. Ma

finchè anche l' uso rimane nella sfera privata se il falsificatore presenta la finta obbligazione al preteso debitore, e questi conosciuto lo inganno si ricusa, e tutto finisce qui; io non mi soscriverei a riconoscere nel fatto un delitto *perfetto* e lo vorrei punire come tentativo soltanto: perchè non vi so scorgere altro carattere tranne quello di un reato contro la *proprietà*, ed i reati contro la proprietà non si consumano finchè non è tocca nè la proprietà nè il possesso. Il falso privato è una forma di frode: più odiosa se vuolsi, ma sempre una frode, e niente più che una frode (1). Tanto è che con una falsa lettera o con distintivi indebitamente accattati io abbia tentato di farmi credere dottore, o marchese quando non era; tanto è che con un falso *pagherò* abbia tentato di passarmi per creditore quando non lo era. Si potrà scorgere fra caso e caso una differenza di *gravità*, ma una differenza di criterii essenziali non mai; perchè per trovarvi una differenza di criterii essenziali bisognerebbe potere affermare esistere nell' uomo un diritto *principale* a che non s' imiti il suo carattere.

(1) Anche quello acuto ingegno di Kostlin nei suoi opuscoli editi da Gekler (*Tubinga* 1858) espresse il pensiero che il falso non fosse un delitto di per sè stante ma soltanto un *mezzo* qualificatore del delitto emergente dal *fine*. Idea che io tengo come verissima finchè si applica al *falso privato*.

§. 2372.

Quando pertanto si è comunemente voluto nei tempi moderni dettare una regola generale che fosse

comune così ai falsi privati come ai falsi pubblici, si è a mio parere ecceduto, venendo ad estendere inavvedutamente a quelli un precetto che era vero soltanto in questi, ed in quelli non lo era. Il falso è un delitto consumato per la sola fabbricazione ed alterazione se cade in documento pubblico: non è che un atto preparatorio se cade in documento privato. L'uso con scienza di documento falso consuma il reato se cade su documento pubblico; non è che un conato prossimo se cade su documento privato. Nel falso privato il momento consumativo sorge allora soltanto quando la frode ha ottenuto il resultato dello *inganno* altrui; non sarà a tale uopo necessaria la effettiva locupletazione del colpevole come non lo è in tutti i delitti contro la proprietà; basterà che siasi ottenuto da altri un qualunque riconoscimento come vero dello scritto adulterino: ma almeno questo *evento* sarà indispensabile alla consumazione.

§. 2373.

Queste osservazioni mostrano che la trattazione speciale del falso deve da noi rinviarsi colà dove esporremo i reati contro la *fede pubblica,* perchè soltanto il *falso in documento pubblico* presenta caratteri singolari che tratteggiano una specie distinta. Il falso in scrittura *privata* non è che una forma di furto improprio; non è che una frode *qualificata:* e con maggiore esattezza potrebbe dirsi non essere veramente un *titolo distinto* ma una qualifica della frode; la quale se è completa col solo falso *verbale,* o col solo falso *reale,* trova un mezzo più odioso nel falso *scritturale;* e perciò niente abbiamo da aggiun-

gere a quanto dicemmo nella descrizione dello stellionato; e ottimamente a mio credere il codice di Hannover designò come frode qualificata il falso privato, e come reato contro la pubblica fede il falso in pubblico documento.

§. 2374.

Peraltro al presente luogo piacemi anticipare la questione relativa al falso *per soppressione,* perchè la medesima parmi potere assumere una importanza ed una frequenza maggiore nel falso privato che non nel falso pubblico, nel quale la esistenza di un originale che sopravvive alla distruzione della copia autentica, e la esistenza dei pubblici ufficiali e testi instrumentali abili all' uopo a ricostruire la prova del rapporto obbligatorio, rendono più raro e minore lo interesse della soppressione.

§. 2375.

Troviamo fino dalle leggi romane dichiarato delitto di *falso* la *soppressione* di un documento: Paolo alla *l. 2, ff. de lege Cornelia de falsis; qui testamentum amoverit, celaverit, eripuerit* — Marciano nella *l. 7, ff. eodem; admittendum ad suppressi testamenti accusationem.* E quando si fece la questione se dovesse punirsi come falsario soltanto chi aveva soppresso un testamento, od anche chi avesse soppresso qualunque altro pubblico istrumento, Paolo nel frammento 16, *eodem* rispose — *legis Corneliae poena omnes teneri etiam qui extra testamenta, caetera falsa signassent,* VEL UT VERUM

NON APPAREAT, *quid* CELAVERUNT, SUBRIPUERUNT, *eadem poena affici dubium non esse.* E fu concorde il rescritto di Diocleziano e Massimiano alla *l. 12, C. ad legem Corneliam de falsis,* e la *l. 14, C. eodem,* e la *l. 23, ff. eodem* (1) e universale la dottrina dei culti: Anton Matteo *de criminibus lib. 48, tit. 7, cap. 1, n. 2;* e Cujacio *(ad Pauli sententiarum 4, 7, §. 1, not. 2)* negò che ciò si potesse dir furto — *quia animus est occultandi veri, non lucrandi.*

(1) Non discordano le *l.* 27, 32, *et* 82 §. 3, *ff. de furtis,* le quali affermano che il sottrattore di un chirografo debba rispondere di furto, e che per la misura della penalità debba duplarsi il valore rappresentato dal chirografo. Questi frammenti contemplano il caso semplice della sottrazione commessa da un terzo, e non il caso che la sottrazione si faccia dal debitore *al fine di occultare la verità:* Voorda *interpetrationum lib.* 1, *cap.* 17 *in fin. pag.* 54 — Van der Water *observationum lib.* 1, *cap.* 20 *in fin. pag.* 105 — Wieling *lectionum juris civilis lib.* 2, *cap.* 10 *in fin. pag.* 143 — Cannegieter Hermannus *observ. jur. rom. lib.* 3, *cap.* 8, *pag.* 283. Così anche la *l.* 41, *ff. ad leg. Aquil.* dichiara passivo della legge *Aquilia qui testamentum delevit,* perchè suppone che *injurandi animo faceret:* ma non per questo contradice alla regola che la cancellazione di un documento per occultare il vero sia falso.

§. 2376.

Malgrado ciò recentemente a taluno che lesse nel nuovo progetto di codice penale Italiano essersi qualificata come falso documentale la *soppressione* di un documento, piacque di censurare questo concetto, e segnalarlo quasi come una strana e singolare

nuovità. Ma nuovità non era perchè risaliva al giure romano; e non era singolarità perchè riprodotta dal codice Toscano all'art. 243, §. 1: e d'altronde è questo il più semplice ed il più esatto concetto giuridico che possa applicarsi alla soppressione.

§. 2377.

E quale è difatti il genuino concetto di questa forma di delinquenza? Forse il furto? Mai no; poichè il documento non ha valore intrinseco con cui si voglia arricchire, tranne che trattisi di un'antica pergamena o di un biglietto al portatore; nelle quali ipotesi sta benissimo che il sottrattore ruba il foglio come *cosa che ha valore in sè*, e ricade nel tema ordinario del furto. Forse la frode? Mai no: perchè non si suppone che il documento siasi carpito con artifizi e raggiri. Forse la truffa? Mai no; che non si suppone la soppressione di un documento fiduciariamente affidato per un determinato uso. Il fine dell'agente è di nascondere il vero e far prevalere il falso sopra di quello: fare apparire che il creditore non è creditore, che il fondo di Tizio non è di Tizio, che il figlio di Seja non è figlio di Seja, e simili. Il fine è quello stesso che muove colui che nello scritto abrade una cifra o cancella una linea: e tanto vale che a questo fine si giunga col tagliare un pezzo di foglio quanto con lo abbruciarlo tutto. L'oggettivo del reato potrà non essere sempre un danno patrimoniale, ma è sempre la offesa alla verità documentale.

§. 2378.

E notisi che si dice falso per *soppressione* e non falso per *sottrazione:* perchè la *sottrazione* di un documento non conduce al falso se non in quanto sia fatta al fine di *sopprimere* il documento. Questo criterio tutto desunto dal fine dello agente è ciò che determina la nozione del falso nella soppressione e nella sottrazione per sopprimere: la quale potrà disputarsi se rimanga nei limiti del tentativo quando la distruzione del foglio non sia per anche avvenuta; ma questa è una questione tutta diversa. Per siffatto criterio osservarono i migliori criminalisti (1) non esser possibile affermare che la soppressione di un documento sia furto, perchè col distruggere un foglio non è possibile arricchirsi se non in quanto si distrugga la prova di una nostra obbligazione, per liberarsene ingiustamente. Potrebbe al più verificarsi in qualche caso il titolo di *danno dato* qualora il documento distrutto non fosse per nuocere al colpevole; ed egli lo avesse lacerato, non per nascondere una verità, ma per far dispetto al possessore che lo teneva come prezioso e carissimo. Questa osservazione è giusta, ma non incarna la questione presente; perchè dove manca il carattere di probatorio nel documento, e dove manca l'animo di occultare il vero nello agente, nessuno ritenne mai che per la soppressione sorgesse il titolo di falso. Quel foglio era un mobile, come qualunque altro mobile che si voglia guastare per fare ingiuria al proprietario senza veduta di lucrare su quello, o di avvantaggiare sè od altri col distruggere quella prova.

(1) M a r t i n (*Manuale* §. 143) parve opinare in contrario doversi dir furto, perchè secondo lui al furto non è necessario che lo agente si arricchisca *immediatamente* con la cosa che invola, ma basta che si arricchisca anche *mediatamente con l' uso* della cosa. Questa argomentazione chiude un sofisma palbabile. Sta bene che il lucro proprio del furto possa derivare dall' *uso della cosa:* anzi è questo l' unico e costante criterio del lucro. Anche chi ruba denaro ne vuol trar lucro con lo usarne spendendolo, chi ruba un frutto ne vuol trar lucro con lo usarne mangiandolo, e ogni ladro che vende la cosa rubata l' ha presa appunto per l' *uso* di venderla, e col venderla *ne usa*. Bello argomento! Ma quando l' uso lede un altro oggettivo (la verità) il fine *immediato della occultazione del vero* determina la nozione del titolo. Inoltre l' *uso* che dà elemento al furto è quello che in sè stesso serve a chi usa. Distruggere un foglio per accendervi la pipa sarà un *uso* del foglio perchè presta un *servizio*. Ma distruggere il foglio per fare trionfare la falsità non presta che il servizio del *falso*. Quindi a ragione la opinione di M a r t i n fu disdetta dai migliori fra gli alemanni. (H e f f t e r *Manuale pag.* 389, 489 — H a a g e r nel suo articolo inserito negli *Annali del diritto Badese vol.* 1, *fasc.* 4, 1865) e fu giudicato per falso dalla Corte Suprema di Baden: *Raccolta delle decisioni, anno* 1857, *pag.* 198.

§. 2379.

Ma anche la *sottrazione* induce il titolo di falso quando è principio di esecuzione della soppressione che si vuole ottenere. Certamente se il foglio sottratto aveva in sè un valore venale e si sottrasse per venderlo, chi negò mai che si avesse il furto? Chi immaginò mai di confondere l' animo di vendere con l' animo di sopprimere? E del pari se il foglio rappresentava in sè stesso un valore, perchè

fosse (a modo di esempio) un biglietto al portatore che si pigliò nel disegno di esigerne la valuta ed appropriarsela, sarà evidente il titolo di furto, perchè avremo la *contrectatio rei alienae* con animo *lucrandi;* e perchè ben lungi dal voler sopprimere il documento, colui lo voleva tanto tener vivo che intendeva ricavarne il pagamento. Non è con lo immaginare casi difformi da quelli contemplati in una teorica che si possa seriamente confutare la teorica. Noi diciamo che è falso la *soppressione* di un documento; e la tesi si deve discutere nei termini di *soppressione* o consumata o tentata al fine di occultare la verità.

§. 2380.

Piacque invero ad alcuno di osservare che la soppressione poteva dar luogo talvolta al diverso titolo di *ragion fattasi,* quando chi soppresse il documento credeva di avere un diritto a distruggerlo, o quando si distruggeva il documento perchè si riteneva falso in proprio pregiudizio, e così s' intendeva con la distruzione a far prevalere la verità: *Gerichtssaal 1859, pag. 314.* Ma questa osservazione non approda ad una conclusione speciale nella tesi presente, perchè la configurazione del diritto opinato può trovar luogo anche nel falso per contraffazione. E nell' uno e nell' altro caso la questione non cade più sulla natura del falso, ma sugli effetti della concorrenza dei due titoli la quale vuol essere risoluta con la teorica della prevalenza.

§. 2381.

Altri amò pure distinguere il caso in cui il documento fosse stato rapito da chi lo soppresse; e il caso in cui fosse stato a lui momentaneamente consegnato; e il caso in cui egli se lo fosse procacciato mediante artifizi e raggiri; e volle che nel secondo caso si avesse una truffa e nel terzo una frode. Ma questo è un circolo vizioso, ed una petizione di principio. La truffa e la frode non sono che furti impropriati: e se nella prima ipotesi non si ha furto, non può aversi nella seconda e nella terza nè truffa nè frode. Qualunque sia stato il mezzo col quale il colpevole è venuto in possesso del foglio, se egli lo ha lacerato e soppresso pel fine di distruggere la prova di un fatto che gli nuoceva o nei beni o nella persona, è sempre responsabile di *falso*.

Titolo VI.

Usura.

§. 2382.

La storia *morale* della *usura* è a tutti notissima, ed ognuno sa come secondo i diversi dommi religiosi dai quali si governarono i popoli (1) il dare ad altri il proprio denaro ad imprestito con ricambio di un interesse più o meno elevato, ora si guardasse come atto indifferente ora come peccato vituperevole: ma ogni indagine su questo argomento è affatto estranea al compito nostro.

1) Possono vedersi in diverso senso Angelo *de delictis cap.* 133 — Felde *elementa juris universi pag* 222 — Leotardo *de usuris* — Peguera *decis.* 31 — Covarruvio *lib.* 3, *resolut.* 3 — Broedersen *de usuris licitis et illicitis*, confutato dal Concina e dal Bellarmino — Frid. Wernher *diss. de licita et illicita usurorum esoetione ejusque poena* — Stracca *de mercatura pars* 1, *n.* 37 — Paponio *arrestor. lib.* 12, *tit.* 7, *art.* 27 — Vela de Orena *praelection. solmaticens. de Episcopo pars* 1, *n.* 71, *de usurorum crimine* — Marta *de jurisdict. pors* 2, *cap.* 7 — Koerten *de justitia et iniquitate usurorum* — Eichmann *de poenis usurorum* — Bergero *dissert.* 9, §. 11, *de usuris* — Prato *respons.* 8 — Borcholten *de usuris; in ejus disput. pag.* 428 — Wieschnik *de tolerantia exculpata quest.* 21 *ad* 25 — Bohemero *exercit.* 4, *pog.* 87 — Gibalino *de usuris* — Fritzchius *Commentatio de usuraria pravitote*, 1827 — Ziegler *de Mohatra contractu discept.* 25 — Panimolle *decis.* 44, 50 *et* 72 — Chodzko *les principes généroux de la science juridique appliqués à la question de l' intérêt et de l' usure* — Mastrofini *delle usure* — Bentham *défense de l'usure;* nelle sue *oeuvres vol.* 3, *pog.* 241 — Hesse *sul divieto penale dell' usura; negli scritti germanici* del Mori *vol.* 3, *pag.* 382 — Franck *Philosophie du droit pénal pag.* 169. Mosè proibì al popolo di Isdraele di dare ad usura fra i correligionarii lasciando ampia balìa di smungere gli stranjeri. Sulle ragioni di tale ordinamento disputò Pastoret *Histoire de la législation tom.* 3, *pag.* 391 — Michaelis *de mente legis mosaicoe circo usuram.* Sulle leggi indiane in tema di usure vedasi Eschbach *Introduction générale à l' étude du droit pag.* 603. Noi rispettiamo la questione teologica. Diciamo soltanto come fatto storico incontrastabile che il giure canonico col proibire indistintamente lo interesse del denaro gettò i bisognosi in balìa dei meno onesti, ed osteggiò la circolazione del nume-

rario; perchè gli onesti non potendo per timore del peccato trovare un lucro nello imprestito che fosse compenso dei loro pericoli, naturalmente amavano meglio tener morto il denaro: per lo che i meno scrupolosi soltanto esercitando il cambio rimanevano senza freno morale che moderasse la loro avidità. Il fenomeno che il povero spinto dal bisogno si arrenda e che il ricco spinto dall' avidità sprema il povero, si è ripetuto e si ripeterà in tutti i tempi come conseguenza naturale delle respettive passioni e della reciproca situazione.

§. 2383.

È parimente nota la storia *politica* della usura (1). Tutti sanno quale influsso esercitasse la medesima sulle sorti della antica Roma spingendo talvolta il popolo a turbolente reazioni; ma più spesso dando ai patrizi il mezzo di tenersi schiava la plebe e la occasione di salire a pubbliche cariche: al che per singolare fenomeno furono talvolta (come mostra la vita di Giulio Cesare) potente scala anche i debiti, poichè il patrizio ruinato, non offrendo mezzo di pagamento ai suoi creditori questi, usavano talvolta della potenza loro per brogliare onde spingerlo ad un proconsolato od altra missione che desse a lui una ricca provincia da saccheggiare, e così fornirgli modo di satollare le avide canne degli usurai che lo avevano soccorso di denaro nelle sue prodigalità. E quante fossero le ricchezze che fruttava in Roma un proconsolato, e quante le vessazioni a cui sottostavano le provincie per opera delli ufficiali della Republica, ce lo mostrò in pallida miniatura la eloquente bile di Cicerone contro Verre. È pure Verre fu un pigmeo appo altri proconsoli in quei tempi, che attraverso il prisma dei secoli

ci si dipingono come liberi, perchè la fantasmagoria delle passioni politiche fa che chiamisi stato di libertà la onnipotenza di mille e la schiavitù di milioni! È noto parimente qual fosse la influenza politica della usura nel medio evo quando lo scrupolo dei cristiani respingendoli dal dare a cambio fecero di ciò fortunato monopolio d' Isdraeliti, i quali come prischi inventori della moneta coniata ebbero sempre abilità speciale nel governarne il maneggio. È noto in fine anzi notissimo, perchè ne sentiamo gli effetti, quanto sia l'influsso della usura nei tempi nostri nei quali la signoria degli stati è in mano alle banche per guisa che un bello spirito ebbe occasione di dire che le banche sostenevano i governi come la corda sostiene gli appiccati. Ma anche questo è fuori del nostro tema.

(1) Di questo influsso delle usure sulle condizioni politiche dell' antica Roma toccarono in vari punti dei loro scritti Macchiavelli *Discorsi sulle Deche di Tito Livio* — Montesquieu *Grandeur et décadence des romains* — Gibbon *History of the decline and fall of Roman empire*. E quali ne fossero le speciali forme in Roma lo spiega Salmasio *de modo usurarum cap.* 6, *de usuris Romanorum*. Sulla etimologia della parola *usura* si veda Roitz *decis. Lituanienses decis.* 5, *n.* 12.

§. 2384.

Questi antefatti peraltro ci preparano alla storia *giuridica* della usura, la quale trovasi consequenzialmente oscillante. Ora infatti i legislatori non credettero opportuno dettare provvedimenti repressivi contro la usura: ed ora per obbedienza al principio

ascetico e per politiche convinzioni la stigmatizzarono e la perseguitarono con severissime pene (1); lo che il più di sovente fu originato da uno slancio di sentimento o da calcoli d' interesse anzichè da ragionate deduzioni giuridiche. La moderna scuola penale ha ormai posto a base della legislazione repressiva il solenne principio che non possa punirsi verun fatto umano come reato se oltre ad essere immorale e lesivo del diritto non è ancora aggressivo della opinione della sicurezza dei cittadini, sicchè per la sua perpetrazione si commuova a timore l' animo delle moltitudini. Richiamata la usura sotto questo criterio parve a taluno non si dovesse mai elevare a delitto, perchè il pagamento degli esorbitanti interessi essendo liberamente consentito dal mutuatario nessuno aveva ragione di turbarsi e di temere per un danno al quale egli era libero padrone di non esporsi. Laonde prevalse il pensiero che a reprimere il mal uso fossero sufficienti i provvedimenti civili pei quali si negasse all' usuraio l' aiuto della giustizia contro il debitore renitente: e a questo si desse invece soccorrevole mano (2).

(1) Senza risalire agli antichi tempi e ricordare le vecchie leggi di Spagna (Caldero *decis. Cathaloniae decis.* 54) nè le ordinanze di Francia, che a partire da quella del 1211 fino a quella del 1673 continuarono senza interruzione un sistema di severa repressione penale contro le usure; e senza ricordare che l' odio contro questi illeciti guadagni giunse fino al punto di negare agli usurai ecclesiastica sepoltura e proclamarli peggiori dei micidiali (Mongeorgii *Tractatus super pactis francandi cap. 3, n.* 31) mi limiterò ad accennare, fermandomi ai tempi a noi più vicini, fra i moderni legislatori che credettero meritevole indistintamente di re-

pressione penale qualunque contratto usurario, lo Estense che col codice del 1771 riprodotto nel 1814 minacciava (lib. 5, tit. 14) la multa di cento scudi e la pena afflittiva ad arbitrio; e col codice del 1855 (art. 513) comminava la multa del triplo e in caso di recidiva la carcere fino a due anni: e il parmense che nel codice del 1820 (art. 494) dichiarò punibile la usura solo quando fosse ripetuta per tre volte e inflisse in tal caso multa e carcere fino a sei mesi. Vedasi Liegeois *législation de l'usure, Paris, Durand* 1865 — Caillemer *des intérêts* — Ala *foro criminale vol. 4, pag.* 211 *e segg.* È singolare che in alcuni stati di Europa si dettarono leggi speciali che punivano la usura negli isdraeliti con più ricercata cura e severità: vedasi Thiel *Principia jurisprudentiae judaicae* §. 260, *pag.* 162.

(2) Così in Austria la usura fu considerata come delitto fino al 14 giugno 1868. In questo giorno fu promulgata una legge che abolì il §. 485 del codice penale e proclamò la libertà degl' interessi contrattuali.

§. 2385.

Malgrado ciò perseverarono anche i criminalisti della scuola moderna a riconoscere delle condizioni nelle quali la usura quantunque non procacciata per frode ma liberamente consentita meritasse di essere elevata a delitto (1) ed incontrare punizione: ma in ciò si procedette su due distintissime linee.

(1) Generalmente coloro che descrissero la *usura* come delitto la collocarono fra i reati contro la *proprietà privata:* ed a me parve sempre e pare tuttavia che sia questo il suo giusto e vero obiettivo. Altri invece opinò che la usura dovesse noverarsi fra i delitti contro il *commercio;* altri fra i delitti contro la *pubblica fede:* condotti a ciò da conside-

razioni puramente economiche in quanto le arti usurarie difficultando il capitale alla industria la impoveriscono, la snervano, e spesso la uccidono. Questa può essere una verità economica e può tenersi come ragione per punire la usura. Ma le considerazioni di economia sociale difficilmente si prestano ad indicare al giure punitivo la nozione giuridica e la classe di un malefizio. Il furto di prodotti campestri è micidiale (a modo di esempio) alla industria agricola per lo scoraggiamento ed impoverimento dei coltivatori: ma non per questo venne in mente ad alcuno d'insegnare che il furto di uva fosse un reato contro il commercio. I nostri maggiori pei quali la lavorazione delle sete era fonte di tanta ricchezza, fulminarono con severissime pene gli operai che rubavano la seta consegnata loro per lavorarla: ma non per questo immaginarono d'insegnare che quella truffa fosse un reato contro la pubblica fede. Tranne eccezionali casi di prevalenza costante e perpetua, i reati si definiscono dal diritto aggredito immediatamente. La usura ferisce il patrimonio privato per sua costante e diretta azione: lo influsso dei contratti usurarii sul commercio è eventuale e meramente possibile. D'altronde data a quel reato cotesta sede dovrebbe punirsi la usura soltanto fra i commercianti; ed invece le pratiche universali procedono in senso opposto.

§. 2386.

Una fu la idea del legislatore francese (legge del 19 decembre 1850) che procedendo sul concetto della legge del 3 settembre 1807 trovò la criminalità della usura nella *abitudine*. Tolleranti le leggi penali francesi del contratto usurario in colui che lo abbia una sola volta stipulato, lo colpirono come delitto in coloro che stipulandolo più di una volta mostrarono una prava abitudine (1) ed il divisamento di farne mestiero. Certamente sotto il punto di vista politico

non saprebbe vedersi molto netto lo incremento del danno *mediato* per cagione dell' abitudine: che anzi se alcuno è notorio nella città come usuraio egli è forse meno pericoloso, perchè tutti gli uomini prudenti si asterranno dal contrattare secolui onde non essere illaqueati dalla sua avidità. Che se la ragione del punire vuolsi trovare nella pressura del bisogno, che stringe chi accatta denaro e che rende in lui meno libera la volontà e più vituperevole in chi glielo impresta lo abuso di quei bisogni, questa situazione miserevole da un lato e abominevole dall' altro lato è identica così rispetto a chi una sola volta come rispetto a chi parecchie volte imprestò con usura. Io compresi sempre benissimo la ragione di trovare nell' *abitudine* lo elemento della punibilità del lenocinio; ma non potei farmi una idea altrettanto lucida del consimile effetto in tema di usure.

(1) Lo estremo dell' *abitudine* per la punibilità della usura ha dato occasione in Francia a dispute per definire quando tale abitudine debba dirsi o no concorrente: possono vedersi Chardon *du dol et de la fraude vol.* 3, *n.* 499 — Petit *de l' usure pag.* 145. In generale si può dire prevalsa la regola che l' abitudine si desuma dal *numero dei contratti* fatti anche con la stessa persona e non dal *numero delle persone* che ne furono vittima: Cassazione 24 decembre 1825; e 4 marzo 1826. Corte di Parigi 21 luglio 1826; Montpellier 13 agosto 1855; Cassazione 25 decembre 1853; e lo scritto di Ortolan nella *Revue Critique vol. 4, pag.* 336. La giurisprudenza francese aderisce tenace al principio che nella usura la criminalità nasca dalla sola abitudine, in guisa da rispettarne tutte le logiche conseguenze. Deduzione di tale principio è che i singoli fatti di usura finchè si guardano *isolatamente* non siano mai delitto. Da ciò discende che il

privato rimasto passivo di un contratto usurario non può desumere alcuna azione dalla abitudine di colui: e concludesi che nei giudizi criminali per usura abituale nessun danneggiato possa farsi querelante nè intervenire come parte civile. In questo senso ha nuovamente giudicato la Corte di Parigi il 6 marzo 1868 in affare *Galliera:* Morin *art.* 8604. Del pari la giurisprudenza francese ha adottato il principio che a consumare questo reato non occorra la effettiva esazione dello interesse eccessivo ma basti la sola stipulazione del *contratto* (Cassazione 8 maggio 1829) ed ancorchè la convenzione usuraria fosse stata puramente *verbale:* Cassazione 14 luglio 1827. Il Tribunale superiore d'Assia-Cassel, con Decisione 29 decembre 1854, stabilì non essere necessario al reato di usura *abituale* che il giudicabile faccia del mutuare denaro il suo unico mezzo di sostentamento.

§. 2387.

Un' altra idea totalmente difforme fu quella del legislatore toscano. Renduta inerte la giustizia penale sulle usùre *innominate,* quelle cioè che consistono nel dare apertamente il denaro ad un saggio d' interesse superiore alla tassa legale, perchè a questi illeciti guadagni bastantemente riparano i provvedimenti civili; serbò il rigore della repressione contro le usure *nominate;* che altri chiama *vestite,* altri *qualificate.* Fino dagli antichi tempi le leggi nostre e le nostre pratiche giudiciali avevano designato con particolari nomi certe forme di usura la cui specialità consisteva nel palliare lo indebito guadagno con artificiosi velami. Di qui nacquero nella pratica nostra i nomi di *scrocchio, civanzo, barocchio, retrangolo,* e *leccofermo,* designativi ciascun di loro di un artifizio particolare adoperato dagli usurai onde

celare la usura e porsi al coperto dai provvedimenti civili. Per la quale ragione appunto nasceva la necessità che contro siffatte male arti si difendessero i bisognosi, mercè sanzioni penali; e nel tempo stesso nasceva dalla frode *una qualifica* della usura. Cosicchè lo elemento morale e lo elemento politico convergevano nel condurre alla incriminazione della usura qualificata anche quei legislatori che più volevano essere tolleranti della usura semplice.

§. 2388.

Il *leccofermo* interviene nel contratto di cambio, quando si pattuisce il frutto lecito e legale sul capitale che dichiarasi ricevuto: ma nel numerare il denaro che deve costituire questo capitale, l'usuraio incomincia a contare dal dieci, o dal cinquanta come meglio a lui pare, e così ottiene una usura moltiplicata. Tutti gl' imprestiti che oggidì si fanno ai governi e nei quali per la cedola di cento che si emette si riceve l'ottanta o il sessanta; hanno tutti in sostanza il *leccofermo*.

§. 2389.

Si ha lo *scrocchio* nel cambio ove si è dichiarato di avere ricevuto denaro, mentre invece non si è ricevuto in denaro che piccola parte del capitale, e il rimanente si è dato in roba d'ordinario di valore meschinissimo, e stimata a prezzi favolosi.

§. 2390.

Nasce il *retrangolo* quando lo stesso usuraio che ha dato la roba in luogo di denaro valutandola al prezzo di cento, la ricompra egli medesimo, o apertamente o col mezzo d'interposta persona, ad un prezzo inferiore a quello per cui l'ha data.

§. 2391.

Il nome di *barocchio* si dà al rovescio dello scrocchio: quando cioè siasi prestato *denaro* fingendo di avere prestato roba per il fine di ricevere roba con esorbitante guadagno. Così coloro che imprestando poche lire ad un colono ne ottengano confessione di aver ricevuto un sacco di grano e promessa di restituire il sacco del grano al tempo del raccolto, quando ciò facciano per celare la usura commettono il *barocchio*. Questo modo di usura ebbe nelle pratiche della Italia centrale il nome d'*incetto*.

§. 2392.

Dicesi *civanzo* quel contratto usurario col quale si dà roba in prestito per riavere roba, ma con enorme differenza fra il dato e il da rendersi sia nel rapporto della *qualità* come nel rapporto della *quantità*. Così chi desse nel verno al colono bisognoso uno staio di grano con promessa di renderne un sacco al raccolto; o desse un genere di gran lunga inferiore; insomma celasse sotto questo velame un guadagno inviso alla legge; commetterebbe

il *civanzo*, che l' antica giurisprudenza toscana noverava tra le usure nominate prese di mira dalla legge del 1786. Evvi ancora un'altra forma di usura alla quale in pratica si dette il nome di *fitto franco*. In questa (che è comunissima nelle nostre campagne) si finge dall' usuraio di comprare un fondo da colui che ha bisogno di denaro, stipulando il patto di ricupero. Lo compra per cento, poscia lo dà in affitto allo stesso venditore per l' annua mercede di venti; e così il suo capitale (d' altronde guarentito sul terreno) gli rende un frutto esorbitante.

§. 2393.

Lo *scrocchio* che è la figura più prominente di queste frodi usurarie, è quella che più specialmente si è contemplata dal codice Toscano all' art. 408; ove lo ha descritto per guisa da condurre nella opinione che il *civanzo*, il *barocchio*, ed il *leccofermo* siansi voluti sottrarre alla penalità che il codice riserva al solo *scrocchio* e *retrangolo* letteralmente nominati e descritti. Perciò i commentatori del nostro codice si occupano di definire soltanto gli estremi dello *scrocchio*, e li riducono a quattro. Essi sono:

1.° Il *bisogno di denaro* nel richiedente. Poichè se questi aveva realmente bisogno di quegli oggetti, ancorchè gli siano stati venduti ad un prezzo superiore al giusto ed ancorchè poscia per sopraggiunti bisogni li abbia rivenduti ad un prezzo inferiore, non si ha lo scrocchio.

2.° La *scienza* nel sovventore che chi prende la roba ha bisogno di denaro. Poichè se uno scioperato non avendo credito per trovar denaro compra

un oggetto a fido avendo in animo di rivenderlo, e lo rivenda poscia, sia pure a perdita, non è scrocchio nè delitto: non lo è quando anche il mercante per ragione della credenza abbia esagerato il valore; perchè non è delitto il vendere a caro prezzo.

3.° Che siasi consegnata *roba* per riavere *denaro*. Se si diede una quantità di merce per riavere dopo un dato tempo la istessa quantità anche con un qualche aumento in ragione del frutto, non vi è scrocchio, non vi è delitto; perchè non vi è simulazione od inganno. Così chi dà grano nel verno ai coloni per riavere altrettanto grano a raccolto non è reo di scrocchio ancorchè la eventualità del commercio abbia portato che il grano valesse poco di verno e sia valso molto di raccolto, perchè poteva anche avvenire il contrario. Nè sorge lo scrocchio quando ancora siasi pattuita la restituzione in una quantità maggiore. Così vedo praticare da molte amministrazioni che dando il grano nel verno ai coloni lo misurano a *raso,* e riprendendolo a raccolto lo misurano a *colmo.* Non vi è delitto perchè non vi è simulazione: e se la differenza delle due quantità è soverchia ed eccedente il corso del cambio, il debitore ha facile e pronto il riparo per le vie civili.

4.° Richiedesi infine che la roba data per denaro si sia valutata ad un *prezzo superiore al giusto.* Io qui non concordo col chiarissimo Puccioni nella formula con la quale indicando questo quarto estremo egli lo esprime col dire che la *roba siasi venduta* ad un *prezzo inferiore.* Non può essere ascritto a colpa di chi diede la roba a giusto prezzo la scioperataggine di chi la ricevette, se per la sua

inesperienza o pressura la rivendette a vilissimo prezzo. Costui non fu ingannato da chi gli diede la roba al prezzo corrente; ma fu ingannato da chi la comprò a prezzo inferiore. Se richiesto da un amico di denaro, io non avendone in pronto gli do del grano, e glielo valuto a prezzo corrente, perchè ei mi renda poscia denaro, si avranno i tre primi estremi dello scrocchio: in lui il bisogno di denaro; in me la scienza di codesto bisogno; per parte mia la consegna di roba in cambio della promessa di render denaro. Ma pure io non crederò che ricorrano i termini dello scrocchio, perchè la giustizia del prezzo da me assegnato alla merce ne fa mancare la quarta condizione. Nè se avviene che costui venda quel grano al disotto anche della metà della somma che si è obbligato a restituirmi, può dirsi da tale eventualità a me estranea essersi costituito il delitto mio, perchè non è fatto mio la vendita a basso prezzo e la perdita patrimoniale del bisognoso di denaro. Tale scapito nasce per la imprevidenza di lui, e per la malizia del terzo che lo trappolò nell' acquisto.

§. 2394.

Il codice penale Toscano punisce lo scrocchio con pena pecuniaria (art. 408) che eleva giustamente a grandi proporzioni; ed alla pena pecuniaria aggiunge la carcere quando lo scrocchio è susseguito da retrangolo. Ma la pena pecuniaria dovrebbe essere dalla legge tassativamente stabilita in una *quota proporzionale* alla somma rappresentante lo scrocchio, che è il precipuo criterio misuratore di questo reato. Dovrebbe dirsi, per esempio, il triplo od il qua-

druplo, anzichè da lire cento a lire duemila. Comprendo benissimo che la prudenza dei magistrati terrà codesta proporzione finchè potrà. Ma la determinazione del massimo glie ne toglierà il potere. Egli avrà balia di applicare la pena del *tantumdem* ad uno scrocchio di 2000 lire, o la pena del duplo ad uno scrocchio di 1000. Ma non potrà applicare nè la pena del duplo nè la pena del *tantumdem* ad uno scrocchio di 3000, o 5000 lire. Cosicchè gli amatori di queste turpi speculazioni troveranno il loro tornaconto a lavorare in grande, e ripeterassi anche qui quel doloroso fatto che i più grandi delinquenti siano meno puniti.

TITOLO VII.

Appropriazione di cosa smarrita.

§. 2395.

Evidente è la impropriazione (1) del furto nel caso che configurasi a questo titolo, perchè lo smarrimento della cosa naturalmente avvenuto per una incuria pel proprietario, mentre da un lato fa cessare nel fatto la violazione del possesso altrui, diminuisce dall' altro lato la forza morale oggettiva del malefizio; perchè tutte le volte che il cittadino è stato primaria cagione del proprio danno gli altri che augurano a sè medesimi una cura e prudenza migliore se ne allarmano meno. Vi è dunque in questa figura un meno così nel rapporto *giuridico* come nel rapporto *politico* (2).

(1) È meritevole di osservazione che la distinzione tra furto ed appropriazione di cosa altrui risale all' *Esodo*, dove si

menziona come specialità distinta dal furto anche l'*appropriazione di cosa smarrita:* sul che è da vedersi Thonissen *Etudes sur le droit pénal des anciens, Appendice* A, *cap.* 6, §. 2, *vol.* 2, *pag.* 215.

(2) Bibliografia — Damhouder *praxis rerum criminalium cap.* 120 *de repertis* — Triller *de furto inventionis* — Brenning *de furto rei casu amissae* — Hubero *Dissertationum pag.* 389, *lib.* 3 — Carpzovio *pract. pars* 2, *quaest.* 86 — Wernher *observat. select. tom.* 3, *pars* 3, *observ.* 76 — Bergero *oeconom. jur. lib.* 2, *tit.* 2, §. 12 — Strykius *usus mod. lib.* 41, *tit.* 1, §. 17; *et lib.* 47, *tit.* 2, §. 17 — Schenck *Dissertazione della idea e della essenza del furto della cosa trovata; negli scritti germanici del* Mori *vol.* 3, *pag.* 299 — Mullero *Promptuarium verbo furtum n.* 8, *pag.* 293 — Voigt *diss. de furto inventionis* — Schutze *dell'appropriazione di cose smarrite.* Una dissertazione speciale sul furto di cose perdute scrisse Grimm, e fu riprodotta nell'*Eco dei Tribunali* al *n.* 878.

§. 2396.

È notevole nel *furto di cosa smarrita* che il medesimo non si consuma col *prendere* la cosa, ma con lo *appropriarsela*. Finchè alcuno raccoglie un oggetto che trova per via può farlo con l'animo di restituirlo al proprietario, e così intendere ad opera utile e buona. Forse egli avrà subito concepito la idea di arricchirsi mercè quello incontro; ma tale idea non è ancora *determinata* nell'animo suo: e quando anche fosse determinata non è ancora *costante* agli occhi del giudice; lo che equivale allo stesso. Allora soltanto il raccoglitore consuma un'azione criminosa e manifesta l'animo di violare i diritti altrui quando passa ad esercitare atto di proprieta-

rio sulla cosa trovata. Fino a questo istante non è invasa la proprietà, e non è accertato l'animo di lucro. Ma anche allora si tiene conto della occasione tentatrice sotto il punto di vista morale: si tiene conto del non violato possesso sotto il punto di vista giuridico: si tiene conto del minore allarme sotto il punto di vista politico, e lo abuso della cosa trovata si colpisce con pena più mite di quella destinata al furto semplice. Perciò diversi codici moderni anzichè dare a questo reato il nome di furto lo dissero *appropriazione indebita di cosa altrui* (1).

(1) Codice Toscano art. 402; codice di Sassonia art. 291; codice Austriaco §. 200, let. c. Per le leggi romane chi non restituiva al proprietario la cosa trovata dichiaravasi responsabile di vero furto, perchè in faccia alla mitezza di quelle pene la teorica del furto improprio non poteva avere agio di germogliare: *l. falsus creditor*, §. *qui olienum ff. de furtis*. E su questa dottrina si procedette lungamente in molti paesi: Chassan *in consuetudinem Burgundioe tit. des justices* §. 3. Anche la Carolina non distinse dal furto semplice l'appropriazione di cosa smarrita: Ionas *de interversionis natura et consummotione pog.* 42. Vuole notarsi che la impropriazione di questo caso non ha nessuna relazione con un diritto dell'inventore sulla cosa trovata poichè le nostre leggi non gliene accordano. È singolare che in alcune antiche legislazioni (per esempio nelle leggi di Carlo IX di Svezia) vedesi accordato il terzo *jure inventionis* a chi avesse trovato una cosa smarrita dal proprietario; mentre accordasi la *metà* a chi abbia ricuperato un oggetto *sommerso;* purchè però sì l'uno che l'altro ne facciano leale manifestazione: Loccenio *Suecioe Regni leges provinciales pag.* 346 *et seqq.* Sa ognuno che per giure comune lo *jus inventionis* applicavasi alle cose derelitte non alle cose perdute: Doveri *Istituzioni di diritto romano ediz.* 2, *vol.* 1, *pog.* 505.

§. 2397.

Tutta la difficoltà in questo caso consiste nel determinare i criterii e le condizioni della *appropriazione;* e nel ben definire quando si abbia la *cosa smarrita.* In ordine alla prima ricerca quando colui che trovò la cosa smarrita ne usò a suo profitto, la donò, la vendette, o fece altri simili atti, l'appropriazione non è più dubbia; non è *presunta:* è *vera* e non presenta difficoltà. Ma quando nessuno di codesti atti espliciti di proprietà si pose in essere dallo inventore; e soltanto gli si rinfaccia l'*accidentalità* di avere trovato un oggetto; *l'atto onesto* di averlo raccolto, e la successiva ritenzione di quell'oggetto senza farne denunzia o restituzione; da un lato può rimanere dubbioso l'animo di appropriarselo; dall'altro lato è evidente che si denaturano i caratteri del delitto; poichè un delitto che dovrebbe consistere in un atto *positivo* o di *azione* si converte in un delitto *negativo,* o di *inazione:* il non *disporre* della cosa si equipara al disporne. Malgrado ciò la pratica Toscana (*Annali Toscani III, 1, 450*) aveva deciso (1) che anche la semplice *ritenzione* dell'oggetto trovato poteva benissimo costituire la prova della appropriazione, ed equivalere alla medesima; lo che poteva sembrare assai problematico nella mancanza di qualunque precetto positivo di legge che della restituzione dentro un dato termine facesse *un dovere* speciale, la cui omissione costituisse per sua conseguenza il delitto. Ma l'art. 402 §. 2 del codice penale Toscano ha dato una solida base a questa dottrina, disponendo che l'inventore si pre-

suma essersi appropriato la cosa trovata, quando non l' abbia *dentro tre giorni* depositata al tribunale.

(1) In Toscana una costante giurisprudenza aveva sempre fermato che a costituire il furto di cosa smarrita fosse necessaria la prova dell' *appropriazione* e non bastasse la semplice *omissione di denunzia*. Il Lami, nel suo *manuale* inedito, aveva detto che la contraria opinione era sovvertitrice della dottrina della imputabilità; aveva criticato il decreto della Corte di Cassazione del 15 giugno 1841 che sembrava insegnare il contrario; ed aveva elogiato la sentenza della camera delle accuse di Firenze dell' 8 novembre 1839: *Annali Toscani I*, 2, 694. Ciò nonostante nel codice Toscano prevalse la regola più rigorosa, e le difficoltà pratiche fecero passar sopra (almeno apparentemente) alle regole di giustizia. In Toscana eravi una legge del 3 giugno 1839 che appositamente contemplava il furto di cosa smarrita.

§. 2398.

Questa presunzione è assai forte: nè vorrei già che si accettasse come una presunzione *juris et de jure,* ma soltanto come efficace a sottoporre l' inventore al debito di giustificare le cause della non fatta denunzia. Una malattia od un viaggio sopraggiunto alla invenzione, una dimenticanza scusabile per circostanze particolari, possono essere state la causa di questa *omissione:* e sarebbe esorbitante che una mera *omissione* si colpisse di pena afflittiva che nei congrui casi potrebbe ascendere al carcere da uno a due anni. Certamente se la ritenzione sarà accompagnata da occultamento, o maliziose cautele che dimostrino volontà di tener celato il ritrovamento e l' animo malvagio di appropriarsi l' og-

getto, potremo essere tranquilli nello accettare la regola che la *ritenzione* equivalga alla *appropriazione*. Ma io non potrei esserlo altrettanto quando vedessi un inventore, d' altronde di onesta fama e di agiati mezzi, che avesse fatto pubblica mostra ai vicini dell' oggetto trovato, che ne avesse (a modo di esempio) avvertito il suo parroco, ed avesse però tralasciato o per infingardaggine, o per ignoranza, o per risparmiare un incomodo viaggio, di recarsi al Tribunale a farne denunzia. Quando costui fosse di probi costumi, parrebbemi duro che la sua buona fede dovesse punirsi col carcere, ed affibbiarsi ad un galantuomo il titolo di ladro. Io penso dunque che i tribunali non terranno la regola dell' art. 402 che come una presunzione *juris tantum* (1).

(1) Non mancò chi assottigliandosi insinuò che anche la semplice apprensione della cosa smarrita fosse un atto punibile come *conato* del furto che poi si consumò con lo appropriarsela. Questa tesi peraltro non è sostenibile. Nè ciò vuolsi arguire dal solo difetto dello elemento intenzionale; in quanto finchè io non faccio che raccogliere la cosa smarrita rimanga *dubbio* se ho intenzione di pigliarla per me o di renderla al proprietario: perchè questa sola ragione non basterebbe, potendo avvenire che la intenzione di prender per sè sia fatta chiara dalle spontanee dichiarazioni che emetta chi (a modo di esempio) veduto un oggetto per via esclami, oh, appunto io ne aveva bisogno, e per le sue successive confessioni giudiciali. Non è qui dunque propriamente difetto nello elemento *intenzionole* ma bensì nello elemento *materiale* del conato; al quale si esige che l' atto abbia in sè stesso per natura sua i caratteri *univoci* di essere *esecutivo* di un dato maleficio. Se fosse altrimenti non vi sarebbero più atti preparatorii distinti dagli atti esecutivi. Anche chi compra veleno può dichiarare di comprarlo per uccidere un nemico, e può con-

fessare in giustizia di avere acquistato il veleno a tal fine: ma ciò non ostante l'atto è meramente preparatorio e non costituisce giuridicamente tentativo di veneficio. La vera ragione pertanto di negare nell'apprensione di cosa trovata il tentativo, sta in questo: che la esecuzione del *furtum rei inventae* incomincia soltanto quando si incomincia ad invertire in proprio uso la cosa trovata. Il solo raccoglierla è atto lecito: il delitto comincia quando comincia la inversione. Lo Jonas (*de interversionis natura et consummatione pag.* 44) mette al nudo la verità di questa dottrina con un esempio. Chi vedendo una fanciulla presso a perire perchè caduta in un fiume, si getti a nuoto (egli dice) e la salvi, ove dichiari di aver ciò fatto col fine di stuprarla dopo averla condotta alla riva, lo direte voi colpevole di tentativo di stupro per l'atto di salvamento che egli operò? La negativa è incontrastabile. Piuttosto potrebbe arrisicarsi una opinione: fermo stante che nella *apprensione* della cosa trovata non può riconoscersi tentativo punibile, e fermo stante che il delitto si consuma con la appropriazione, potrebbe forse sostenersi che la *ritenzione* della cosa trovata stesse in certa guisa in mezzo fra l'*apprensione* (atto innocente) e la *inversione* a proprio uso (atto consumativo del reato) e costituisse un *tentativo di appropriazione*. Con tale sistema parrebbe superarsi l'ostacolo della difformità ontologica che passa fra ritenere (atto negativo) e lo appropriarsi, per la quale sembra repugnante trovare la consumazione nella sola ritenzione. Ma genera nell'animo mio grave difficoltà lo avvertire che con questa dottrina costituendosi lo elemento fisico del tentativo nella sola intenzione s'incontrerebbe sempre lo scoglio di attribuire ad una *omissione* i caratteri di *atto esecutivo*. La figura del tentativo di appropriazione potrebbe trovarsi piuttosto nelle arti usate da chi avendo veduto lo smarrimento cercasse sviare le ricerche del proprietario che ne va in traccia, senza però giungere ad ingannarlo. Fingasi un bracciante che lavora alla via, e veduto lo smarrimento dell'oggetto lo ha coperto con erba o terra affinchè il proprietario

retrocedendone in cerca non lo rinvenga. Insomma pare a me che per parlare di tentativo punibile occorra un atto *positivo* diverso dalla mera apprensione. Se si prescinde dal bisogno di ciò la ritenzione è consumazione: se non è consumazione non può essere neppure tentativo.

§. 2399.

Non minori perplessità s'incontrano nel definire quando un oggetto si debba ai fini presenti dire *smarrito*. I moderni alemanni andarono in sottilissime investigazioni sul proposito di tale definizione che noi italiani non avevamo mai pensato a cercare rimettendocene al volgare senso della parola. Fu osservato che cosa *trovata* e cosa *perduta* non suona lo stesso: la osservazione è giustissima. Ma quando è che la cosa è *smarrita?* Pfeiffer (dissertazione intitolata *che è e che importa il possesso nel diritto romano pag. 10, e 67)* aderì alla *materialità del possesso:* laonde se il padrone di un vastissimo parco passeggiando in quello avesse colà perduto un anello, dovette dirsi che chi si appropriava quell'anello non rubava cosa smarrita perchè il proprietario come possessore del parco possedeva anche l'anello. Applicazione che mostra la insufficienza della definizione. Bloode *(nuovi Annali pel diritto penale sassone tom. 1, fasc. 2, pag. 3)* aderì al concetto ideologico, e disse che la cosa era smarrita quando il proprietario *non sapeva più dove era.* Male anche ciò. Andando a caccia per un bosco ho posato sopra un poggio la mia tabacchiera e sono partito senza riprenderla: me ne ricordo tornato a casa: ma essendo stanco dico a me stesso tornerò a prenderla poi: intanto essa è rubata. Si dirà egli

che il sottrattore trovandola in quel bosco non ha avuto la credenza che fosse smarrita, e così l'animo di appropriarsi cosa smarrita: e ciò per la sola ragione che il padrone si ricordava dove aveva lasciato la tabacchiera? Altri guardò alla destinazione del luogo, e disse che era smarrita la cosa quando era dimenticata in un luogo non destinato a custodirla. Malissimo anche ciò. Se io mentre leggo un libro scendo in cucina per dare ordini alla fantesca, e stando colà dimentico il libro sopra una sedia, quel libro è stato da me dimenticato fuori del luogo di sua abituale custodia: ma non perciò potrà dirsi smarrito; come non è smarrito un anello che dormendo mi esca dal dito nel mio *letto,* e che si trovi colà da chi viene ad acconciare la camera. Ma se invece ciò mi avviene nel letto di una locanda, e quando io ne sono partito altri se lo appropria, si approprierà bene un anello smarrito. Altri fece dipendere la questione dal concorrere o no una *trascurataggine* rimproverevole al proprietario. Concetto apparentemente morale, ma giuridicamente falso. Chi è preso da uno svenimento e cade nella strada non è un trascurato: ma nel cadere gli uscì di tasca il portamonete: questo oggetto non fu veduto subito: alcuno lo trovò dopo dei giorni e se lo appropriò. Si dirà che costui non ha la scusa della cosa smarrita perchè non può farsi rimprovero al proprietario di negligenza? Se io devo dire il mio pensiero in tanta divergenza ed ambiguità di opinioni, osserverò che la questione non si è guardata (a mio credere) nel punto di vista sotto il quale doveva essere contemplata. Io tengo per massima che *quando trattasi d' imputabilità tutte le questioni*

devono guardarsi soggettivamente, cioè devono studiarsi nell' *animo del giudicabile*. Ebbe o non ebbe il giudicabile giusta ragione *di credere smarrita* la cosa che si appropriò? Ecco il criterio a cui io riduco la soluzione del problema. Chi viene in mia *casa* e vede in terra caduto un foglio di banca e sel piglia, non può dire credetti fosse smarrito. Chi va in un campo o in un parco altrui e vi trova un anello, non va a cercare se il possesso del campo o del parco dà o no il possesso degli anelli e delle monete che vi cadono; e dice a sè stesso — *Deus dedit*, questo anello è stato perduto. Chi vede dal balcone cadere un oggetto dalla tasca del passeggiero non va cercando chi sia colui, nè se sia o no trascurato: egli dice colui ha *perduto* quell' oggetto ed io ne approfitterò. O sia la trascuraggine o il caso fortuito (1) quello che ha offerto al giudicabile l' oggetto che si appropriò, concorra o no l' accidentalità che il proprietario ricordi il luogo dove perdette l' oggetto, certo egli è che si appropriò un oggetto presentatogli dalla fortuna, ed è meno colpevole e meno pericoloso del vero ladro. Ma se la cosa fu veramente da me smarrita e accortomene incaricai persona di mia fiducia onde visitasse i luoghi da me percorsi e ne facesse ricerca, e questi rinvenutala se l' appropriò ingannandomi col negare il reperimento, non potrà allegare la scusa dello smarrimento perchè trovò la cosa come mio mandatario e per conto mio; e sarà per lo meno debitore di truffa.

(1) Casi analoghi al vero e proprio smarrimento che abbia fatto della cosa sua il proprietario possono essere i seguenti

ai quali mi sembra applicabile la stessa nozione di furto improprio, i principii identici del furto di cosa smarrita, e conseguentemente i dettati legislativi che lo contemplano — 1.° La consegna fatta dal padrone per *errore di cosa:* vedasi sopra a §. 2028 nota; ivi opinai che qui concorra il vero furto. Ma pure non è disprezzabile la opinione di coloro che vi scorgono una impropriazione. È vero che *error non facit consensum*: ma pure l'atto materiale della consegna eseguita dal proprietario per equivoco può diminuire la forza morale oggettiva del malefizio — 2.° La consegna fatta per *errore di persona* porgendo ad uno indebitamente ciò che doveva e voleva consegnarsi ad altri. Osservazioni identiche al caso precedente — 3.° La ipotesi di un oggetto che il vento abbia trasportato dal mio fondo sul fondo del vicino, e da questi si prenda. Qui si hanno i termini veri della cosa smarrita. Tanto è che l'oggetto sia caduto di mano o di tasca, o dimenticato, o lasciato esposto a delle forze naturali che possano trasportarlo altrove: sempre il proprietario è spogliato della materiale detenzione per caso od incuria propria, e non per malizia altrui. Diversamente fu giudicato in tema di oggetto dal proprietario lasciato per via, perchè avendone intrapreso il trasporto da luogo a luogo il suo soverchio peso lo aveva costretto a posarlo là; ed ancorchè questo oggetto fosse stato casualmente tramutato di posto prima che il proprietario tornasse a riprenderlo, pure fu detto non assumere il carattere di cosa smarrita, e il sottrattore fu dichiarato autore di vero e proprio furto: *Annali Toscani XX, 1*, 880. Ma quel giudicato non può prendersi come massima generale. Ragione di decidere fu la *mole* dell'oggetto la quale repugnava a supporlo smarrito. Guida costante (per ciò che dirò fra poco) deve essere il criterio soggettivo. Quando l'oggetto ha tali condizioni da accennare al deposito precario anzichè allo smarrimento, chi lo piglia non può avere la opinione di prender cosa fuori del possesso altrui: in condizioni diverse tale ragionata opinione deve bastare ad impropriare il furto. Ma l'agnello rapito dal lupo e poscia a lui ritolto dal terzo dovrebbe con-

siderarsi come cosa smarrita: *l. Pomponius 44 ff. de acquir. rerum dominio*, e *l. 8*, §. 2 *ff. familiae erciscundae*.

§. 2400.

Lo Schutze, che ha testè discusso questo argomento, distingue fra cosa *smarrita*, cosa *riposta*, e cosa *dimenticata*. È *riposta* per lui la cosa finchè il proprietario rammenta il luogo dove la collocò. Se questo luogo è nel possesso del proprietario concordo io pure la utilità costante della distinzione: ma se la cosa fu riposta incustodita in un *luogo pubblico* che dovrà dirsi? Fu (a modo di esempio) una signorina che per dare un segnale di convegno amoroso nascose i suoi guanti in un cespuglio di rose nel pubblico giardino: e invece dell' amante che doveva raccoglierlo, il desiderato segnale fu raccolto da un ladro. La infinita varietà dei casi non può risolversi che col fissare un principio cardinale: questo è tutto. Il criterio della impropriazione è desso *oggettivo* o *soggettivo?* Se è *soggettivo* (come io penso) tutte le volte che lo inventore ebbe ragionevole motivo di credere che l'oggetto fosse smarrito non può a lui obiettarsi il dolo del furto proprio, la coscienza di violare il possesso altrui; e quando trova la tabacchiera nel prato o i guanti nel cespuglio di rose, egli non sa se il padrone di quella si ricorda o no dove la lasciò, o se quei guanti vi furono dalla signorina collocati per un fine determinato; e non può imputarglisi una volontà più malvagia. D'altronde come far dipendere la quantità della pena dalla reminiscenza o no del proprietario? A due individui cade il fazzoletto nella pubblica via: Tizio

si appropria l' uno, Cajo si appropria l' altro. Chi non direbbe che entrambo debbono sottostare alla identica pena? Eppure ciò si nega dalla teorica della dimenticanza: e il giudice dice a Tizio a te infliggo un mese di carcere perchè il proprietario non sapeva dove gli fosse caduto il suo fazzoletto; poi dice a Cajo a te infliggo due mesi di carcere perchè il proprietario ha giurato essersi ricordato benissimo che il fazzoletto gli era colà caduto ed avere avuto in animo di tornarlo a riprendere a comodo suo. È questo un giusto criterio per misurare la imputazione e la pena (1)? Riepilogando io concludo che a definire i caratteri della *cosa smarrita* per i fini penali non mi sembrano sufficienti nessuna delle sei formule ingegnosamente poste innanzi dai vari scrittori. Tutte vere in qualche caso ma *non assolute*, e perciò tali da non assumersi come criterii regolatori costanti della questione. Non la formula del *possesso del luogo;* non la formula della *reminiscenza* del proprietario; non la formula della *destinazione del luogo;* non la formula della *trascuranza* del proprietario; non la formula della *ricerca* o dell' *abbandono* che il proprietario faccia della cosa smarrita; non finalmente la formula ultimamente suggerrita da S c h u t z e del non essere la cosa *riposta:* ma io tengo invece per buona la settima formula del *criterio soggettivo.* Ognuno deve imputarsi secondo il grado del suo dolo e della sua malvagità. Quando vi fu *giusta credulità* di prendere cosa smarrita non potrà mai imputarsi un furto proprio. Si adatta qui benissimo la teorica dello errore di fatto caduto sulle circostanze. Chi uccide il proprio padre credendolo uno estraneo s' imputa

per omicidio e non per parricidio. Chi si appropria una cosa che trova all' aperto credendola smarrita non può imputarsi di furto proprio.

(1) I caratteri della cosa smarrita ai fini presenti furono con la sua solita acutezza esaminati e discussi dal Forti nelle sue *conclusioni pag.* **211**. Ma non vuole essere dimenticato che la importanza della questione non nasce soltanto dalla differenza della pena fra furto proprio ed improprio, lo che potrebbe sembrare di minore interesse trattandosi infine dei conti di punire un poco più un poco meno un colpevole. La differenza può sviluppare l' effetto di punire o non punire un uomo onesto, e ciò sviluppa altissimo interesse nella ricerca. Lo dimostro. Il furto proprio si consuma col *prendere* (contrettare) la cosa; lo improprio del caso presente non si consuma fino all' *appropriazione*. Poniamo mente a questo. Un cittadino illibato vede un oggetto per via e lo raccoglie *perchè lo crede smarrito*, con la buona intenzione di denunciarne il reperimento e conservarlo al proprietario: ma prima che quel galantuomo abbia potuto fare la denuncia il proprietario gli corre addosso e, non pago di riavere l' oggetto che gli vien tosto restituito, si querela di furto. Qui non vi è modo di transigere: se si nega il carattere di cosa smarrita a quell' oggetto o perchè il proprietario dice che si *rammentava* di averlo perduto *colà* o perchè dice che ve lo aveva *riposto*, il furto è consumato col prendere, e bisogna applicarne la pena. Ad evitare questa, unico mezzo è quello di giudicare l' accusato di furto col criterio *soggettivo*; e poichè non vi fu appropriazione si potrà assolvere, dichiarando che ebbe giusta ragione di credere la cosa smarrita.

§. 2401.

Del resto stabiliti così nettamente i criterii pei quali il furto di cosa smarrita si distingue *essenzial-*

mente dal furto proprio, e pei quali vuol essere per buona giustizia punito meno, vengono a dileguarsi certe cervellotiche limitazioni ed ubbie che vidi talvolta cadere in testa ad alcuno. Vidi giudicare doversi infliggere la pena del furto proprio ad un inventore perchè aveva veduto cadere l' oggetto dalla tasca del proprietario. Costui (fu detto) *sapeva* a chi apparteneva l' oggetto che raccolse; ed invece di avvisare il proprietario aspettò che si allontanasse per pigliarselo: dunque è reo di furto proprio. Illogico ragionamento! quasichè la specialità del caso dipendesse dal *non sapere* a chi appartiene l' oggetto; e non invece dalla mancata violazione del possesso, e dalla protezione minore che devesi al proprietario scioperato. Finchè da quella circostanza si fosse argomentato più velocemente l' animo di *appropriazione* per passar sopra al mancato decorrimento dei tre giorni assegnati alla denunzia, ciò poteva *forse* star bene: ma denaturare il titolo fu un errore grossolano che venne giustamente corretto dai tribunali superiori.

§. 2402.

Altra volta lessi con sorpresa in un giudicato che siccome il *possesso si conserva anche col solo animo*, così il titolo eccezionale di furto di cosa trovata è applicabile soltanto quando il proprietario non solo abbia per lo smarrimento perduto il possesso *corporeo*, ma abbia di più abbandonato il pensiero di ricercare la cosa smarrita. E fu questo un altro errore non meno madornale del precedente; sì perchè si fece abusiva illazione al giure penale delle re-

gole di giure civile (1); si perchè non si vide che quando constasse avere il proprietario abbandonato il possesso anche con l' animo, la cosa sarebbe *derelitta* (2) e non sarebbe più soggetto passivo neppure di furto improprio. Anche questo errore però fu presto corretto dai tribunali superiori. Gli esempi di tali aberrazioni valgano a far cauti i giovani della importanza di ben discernere i criterii essenziali di ciascuna specie criminosa, e le somme ragioni di ciascuna specializzazione. Qui è dove spesso si veggono in pratica confusioni inescusabili. Certamente se il giudicabile che implora la impropriazione del titolo avesse egli medesimo con maliziosi artifizi procurato lo smarrimento, potrebbe allora sorgere il titolo di frode. Suppongasi che un forestiere mentre è per partire dalla locanda abbia preparato sulla tavola il suo orologio per prenderlo nello andar via; ed alcuno abbia gettato un panno su quell' orologio nella speranza che il forestiero non vedendolo se ne scordi; e di fatto sia avvenuto così. Colui non potrà dire che col prender poscia quell' orologio si appropriò una cosa *smarrita*, perchè l' artifizio doloso *precede* le smarrimento, ed è causa di quello; laonde repugna applicarvi un titolo che ha per essenza un dolo sopravvenuto. Ma quando al giudicabile non possa farsi rimprovero di alcun atto causativo dello smarrimento, questo fatto tutto addebitabile al caso fortuito od al proprietario informa tutti i successivi. Abbia pure l' accusato posto in opera artifizi per occultare la cosa; o per disviare le ricerche posteriori del proprietario: tutti gli atti rei hanno per punto di partenza una perdita di possesso che non è rimproverevole allo accusato, e tutti

subiscono le conseguenze giuridiche (3) di quel primo fatto modificatore del malefizio.

(1) Questo era per soprappiù un gravissimo errore anche in diritto civile per il disposto della *leg. possideri* 3, §. *Nerva* 13; *leg. si rem mobilem* 47; *leg. Pomponius ff. de acquir. vel amitt. possess.* E che nelle cose *mobili* a differenza delle *immobili* il possesso civile non si ritenga col solo animo lo dimostrò quel chiarissimo ingegno di Francesco Forti in una requisitoria che trovasi a *pag.* 212 delle sue *conclusioni* pubblicate da Eugenio Cammelli e che sono in ogni lor parte meritevoli di essere studiate. Singolare era il caso nel quale il Forti spiegava quella requisitoria: trattavasi di un cavallo che essendo fuggito andava vagando per le pubbliche strade. Nello interesse di chi lo aveva trovato colà e se lo era appropriato, il difensore sosteneva trattarsi di furto di cosa smarrita. Ma il Forti con sottilissimo ragionamento sostenne trattarsi di vero furto; e la Rota Fiorentina lo seguitò nel suo pensiero. Fra queste ragioni la più sensibile fu quella che il cavallo avendo l'abitudine di ritornare alla stalla vi sarebbe tornato se non lo rubavano, e perciò non era cosa smarrita.

(2) Che la cosa smarrita quando il proprietario vi abbia renunciato col proposito di non più averla rientri nella *comunione negativa,* lo avverte Grimm al luogo sopra citato, ma allora non vi è più furto. Cosicchè la circostanza che il proprietario girasse attorno in cerca dell'oggetto smarrito, obiettata inconsultamente da taluno come esclusiva della impropriazione, è del tutto inconcludente; ed il valutarla a quel fine è un ulteriore abbaglio giuridico.

(3) Il furto di cosa trovata era perseguitabile ad azione pubblica per l'antica giurisprudenza toscana (*Annali Toscani III,* 1, 450) e lo è pel codice Toscano, art. 402.

Titolo VIII.

Appropriazione del tesoro.

§. 2403.

Il tesoro fu definito secondo la dottrina di Paolo *(lib. 31 ad Edictum) un cumulo di cose preziose occultato in luogo incognito.* Esso differisce dalla *miniera* la quale è un deposito *naturale* ed è soggetto passivo di vero e proprio furto. Differisce pure dal *ripostiglio;* il quale è conosciuto dal padrone che ne conserva *dominio* e *possesso:* questo quantunque corra sotto il nome di *tesoro improprio* non ha caratteri giuridici differenziali da tutti gli altri oggetti che ogni proprietario tiene dove meglio gli aggrada; onde non può mettersi in disputa che il furto del medesimo sia vero e proprio furto: Paolo, nel *lib. 31 ad Edictum* donde è estratta la *leg. 31, ff. de acquir. rerum dominio,* dice chiaramente che *non è tesoro* la pecunia nascosta dal padrone *(terra defossa vel metus vel custodiae caussa);* malgrado ciò si ostinarono i pratici a dirlo *tesoro improprio* (1), ma erroneamente: Bitsch *de thesauris pars prior, cap. 2,* §. *29.* Lo che si mostra erroneo anche per le parole di Scevola in *leg. 67, ff. de rei vindic.* ove distingue il *tesoro* dalla *pecunia perdita, vel per errorem non ablata.*

(1) È comune lo insegnamento che il criterio essenziale del tesoro stia nel non aversi memoria della persona che lo nascose: Sanfelice *Decis.* 394, *lib.* 3, *pag.* 289; il quale

porta questo criterio fino a tal punto che se trovisi nel ripostiglio una carta indicante il nome di chi fece il nascondimento, decide non esser tesoro. Si veda *Instit. de rer. divis. §. thesaurus — leg. unica C. de thesauris* — Cabedo *Decisiones Lusitanae decis.* 56, *lib.* 2 — Covarruvio *in regula peccatum* 3, *p. §. ult.* — Arnonio *problemata n.* 29 — Gomez *in leges Tauri, l.* 45, *n.* 51 — Peregrino *de jure fisci lib.* 4, *tit.* 2 — Novario *de gravamine vassallorum tom.* 1, *gravam.* 593 — Gilken *de acquirendo rerum dominio pag.* 553, *n.* 49 — Forti *conclusioni pag.* 201. Ed è perciò che si considera come un' accessione del suolo; dal che nasce vivissima controversia sul punto di determinare a chi spetti quando trovisi sul fondo enfiteutico o feudale: Gilken *d. l. pag.* 543, *n.* 26, *et seqq.* — Schoner *disputationes feudales lib.* 1, *disput.* 4, *thes.* 84; *et disput.* 9, *thes.* 4.

§. 2404.

In proposito di questo titolo la dottrina penale si mescola di questioni di diritto civile e di questioni di diritto pubblico (1); nelle quali noi non porremo le mani. Diremo soltanto per ciò che attiene al diritto penale che il furto del tesoro non presenta violazione del *possesso*, per la ragione che il proprietario che possiede il fondo non sapendo di avere in quello un tesoro non può dire di possedere il tesoro stesso, perchè gli manca l'*animo* di possederlo. Laonde a ragione si pone tra i furti impropriati; ed a ragione del pari si preferisce dare a questo fatto il nome di *appropriazione* anzichè di *furto* per la mancanza dello estremo a questo occorrente di essere la cosa sottratta *invito domino*, mentre a rigore il tesoro non ha padrone finchè non è

discoperto. Aderiamo pertanto alla osservazione giustissima fatta dallo illustre Geyer nelle sue critiche al nuovo Progetto di codice penale Austriaco nel senso che l'appropriazione del tesoro sia una speciale figura criminosa alla quale non può adattarsi nè la nozione della *truffa (o infedeltà o abuso di fiducia)* nè quella del vero furto perchè il tesoro non ha padrone. E diremo che questo furto cade sopra tutta quella quantità del tesoro che le leggi civili non attribuirebbero allo inventore *jure inventionis.* Si occupi il civilista di definire codesta quantità secondo i diversi casi.

(1) Sono a consultarsi De Man *dissertatio de thesauro; in* Oelrichs *thesaurus vetus vol.* **1**, *tom.* **2**, *diss.* **17**, *pag.* **303** — Crell *dissertatio* **69, 70** *de thesauro a mercenariis invento, et occultato pag.* **1356** — Stark *dissertatio de iure inventi thesauri* — De Gioannis *della legislazione sulle miniere pag.* **40**. È inutile avvertire che il titolo di appropriazione di tesoro può facilmente perdere la sua criminosità per difetto di dolo in tutti quei casi nei quali lo inventore potè avere una giusta e ragionevole opinione che il tesoro appartenesse a lui; come nel caso di un dissidio fra compratore e venditore, appositamente contemplato dall' Hubero *de casibus enucleatis quaest.* **15**. In simili contingenze dovrà naturalmente soprassedersi nel giudizio criminale fino allo esaurimento della lite civile, ma dove pure questa riesca sfavorevole a colui che si appropriò il tesoro non potrà tosto il giudice criminale concluderne la doverosità di punirlo se in lui ravvisa sufficienti ragioni di buona fede.

§. 2405.

Il codice penale Toscano ponendo questo furto tra gl' improprii lo colpisce di pena che ragguaglia alla

metà di quella destinata pel furto semplice. Ma io mi permetto di dissentire dalla opinione per quanto rispettabile del prof. Puccioni, là dove commentando quello articolo insegnò che per il codice Toscano si considera come furto impropriato (e così si punisce con la pena della truffa) anche il furto del *tesoro improprio*. Non vi è ragione per cui si debba ammettere che chi sarebbe punito di dieci se avesse rubato il mio sacco da me lasciato sopra una tavola, debba essere punito soltanto di cinque se io ebbi la cautela di sotterrare il sacco in giardino o in cantina. L' illustre giureconsulto si persuade di ciò per una argomentazione che per quanto sottile dovrebbe accettarsi, se vero fosse il supposto dal quale procede. Egli trova che il codice punisce come truffa anche il furto del tesoro sul quale l' inventore non ha per regola civile diritto di partecipazione nessuna a titolo d' invenzione. Quindi soggiunge che ciò non può verificarsi tranne nel tesoro improprio, ossia *ripostiglio;* poichè in tutti i tesori proprii l' inventore ha *sempre* (secondo lui) una partecipazione. Dunque, ei conclude, bisogna applicare l' art. 403 anche al tesoro improprio per non cadere nell' assurdo di supporre che il legislatore abbia previsto un caso impossibile. Ma nella considerazione di questo assurdo sta appunto lo equivoco dello illustre scrittore. Egli ha dimenticato che per giure civile l' operaio chiamato dal proprietario *appositamente* al finè di frugare in un suo fondo nel quale ei prevede di trovare un tesoro, non gode benefizio nessuno per gius d' invenzione perchè l' inventore è il padrone stesso e l' operaio non è che un suo strumento. Laonde esistendo nel giure civile (1) casi in

cui l'inventore del tesoro non ha diritto ad alcuna partecipazione, le previsioni del codice trovano i termini di tutte le loro pratiche applicazioni nel tesoro proprio: e non vi è bisogno di supporre nel codice nostro una benignità verso i ladri dei denari nascosti (2) dal proprietario, la quale non avrebbe in verità fondamento nessuno.

(1) È indubitato che il ritrovatore del tesoro ha diritto alla metà per gius d'invenzione soltanto quando *accidentalmente* lo abbia trovato. Se egli non *casu* ma *data opera invenit*, non ha diritto d'invenzione, nè partecipazione al tesoro, il quale per intero spetta al padrone del fondo; salvo il caso (per le leggi romane) che fosse trovato con arti magiche in odio delle quali la parte dello inventore addicevasi al fisco: *leg.* 63 *ff. de acquir. rer. dominio* — Harpprecht *in institut.* §. *thesaurus n.* 22 — Struvio *syntagma juris, exercitatio* 41 — *si autem alius* DATA OPERA *in alieno fundo thesaurum quaesierit ac invenerit, totus domini est* — Amaya *in l. unica C. de thesauris n.* 1 *ad* 11.

(2) Che il *ripostiglio*, quantunque in alcuni frammenti sia impropriamente chiamato tesoro, non *fruatur jure thesauri sed domini sit*, non può essere controverso per il testo alla già citata *l. nunquam* 31 §. 1, *ff. de acquir. rerum dominio; l. a tutore* 67 *ff. de rei vindicatione;* e *l. peraegre* 44 *in princ. ff. de acquir. vel amitt. posses.*

§. 2406.

Il codice Toscano ha riprodotto ancora la sanzione della Novella 51 di Leone il filosofo. Nella quale mentre riprovavasi l'avidità improba dei fiscali che pretendevano senza ragione nessuna si dovesse al fisco una porzione del tesoro rinvenuto in *luogo pri-*

vato, ordinò si dovesse qualsiasi tesoro dividere a perfetta metà tra l' inventore e il proprietario del fondo, tranne il caso che l' inventore avesse maliziosamente cercato di occultare il tesoro per dispogliare il proprietario del suo diritto: nel qual caso ordinò doversi codesto inventore considerare *tamquam fur,* e privare la sua avidità anche della metà come sopra dovutagli. La sanzione di Leone può dirsi riprodotta alla lettera dall' art. 403 del codice penale Toscano. Il codice Sardo come il Francese niente si occupano di questa specialità.

§. 2407.

L' argomento della appropriazione del tesoro e della cosa smarrita richiama per analogia la questione del furto ai morti. Un caso speciale che diede occasione a divergenze fra gli scrittori e nella pratica, è quello della sottrazione di oggetti che si seppelliscono coi defunti. Antica presso molti popoli fu la pratica di ornare i cadaveri delle persone care o di vesti o di gemme, o seppellire con loro certi oggetti anche di valore (Strabone *lib. 11)* come emblemi di dignità, o per altro affettuoso o superstizioso pensiero. I monatti sovente spogliano questi defunti, od altri scoverchiano le sepolture per impadronirsi di quei valori. Questo fatto ne porge occasione a differentissime tesi (1).

(1) Circa i furti commessi nei sepolcri sono a vedersi i *Responsa Tubingensia vol. 4, respons.* 218, *et* 222.

§. 2408.

1.° Può opinarsi che tali cose siano *nullius* perchè *derelitte* dal proprietario, e così esimere la sottrazione delle medesime da ogni penale responsabilità. Ma questo sarebbe gravissimo errore, perchè non è derelitta una cosa alla quale il proprietario ha dato una destinazione speciale. Quando anche tale destinazione porti la cosa a consumarsi senz' altro servizio, essa è là perchè il proprietario volle che stesse là, e nessuno ha diritto di sottrarla a quella destinazione.

§. 2409.

2.° Altri trovò in queste cose sepolte simiglianza col *tesòro*. Erroneamente anche questo, perchè il tesoro si sotterra per custodirlo, per ripigliarlo, e non diviene tesoro finchè non si è smarrita la reminiscenza di chi lo nascose. Gli oggetti sepolti col defunto acquisteranno un giorno il carattere di tesoro quando più non si sappia rintracciarne la originaria pertinenza, ma nel periodo successivamente immediato del loro sotterramento no.

§. 2410.

3.° Altri credette trovare in quella sottrazione una analogia col furto di cosa *smarrita:* erroneamente anche questo; ed è intuitivo lo equivoco.

§. 2411.

4.° Più veramente si trovano in questa ipotesi i caratteri del vero furto, perchè la contrettazione si

fa *invito domino:* il padrone è conosciuto: quelle cose non sono là per sua incuria o per caso; vi stanno perchè egli vuole che vi stiano e perchè ha diritto di volere così. Non vale la osservazione che i morti non hanno diritti; perchè non si ruba al morto, ma si ruba al vivo il quale volle e vuole che quella cosa stia là.

§. 2412.

5.° Altri pensa che il titolo di furto in questa ipotesi scomparisca assorbito nel titolo di *violato sepolcro.* Ciò dipende dalle circostanze. I romani che ebbero come sacrilegio nefando la violazione del sepolcro trovarono naturalmente nella offesa religione l'obiettivo prevalente di questo reato. E noi che non potendo ravvisare delitto religioso dove non interviene il fine avverso alla religione facciamo del violato sepolcro in certe condizioni un reato contro la *pubblica sanità* (§. 3180 e segg.) dobbiamo bene ancor qui rispettare la prevalenza di questo titolo sul furto quando si creda la offesa alla pubblica sanità (come lo è in molti casi) più importante della offesa alla proprietà privata (1). Ma non sempre il furto è commesso nelle sepolture: si derubano i cadaveri dai becchini nell'atto di sotterrarli: e poichè questo fatto non si accompagna con la esumazione del cadavere, nella quale sta la offesa alla pubblica sanità, rimane applicabile il mero titolo di furto.

(1) La questione si presentò in termini alla Corte di Cassazione di Milano, la quale fu chiamata a decidere se a forma del codice Sardo la sottrazione da un avello delle vesti ed

ornamenti sepolti con un cadavere costituisca furto, oppure la violazione di tombe prevista dall'art. 519. La Corte di Parma aveva deciso per il furto, e la Cassazione di Milano col decreto 21 giugno 1865 confermò; e declinò l'obietto del *fr.* 3, §. 7, *et fr.* 11, *et constit.* 4, 5 *de sepulchro violato*, osservando che la violazione del sepolcro costituiva nel giure romano un sacrilegio severamente punito, e perciò il titolo applicato dai romani era titolo assorbente del furto. Ecco la teorica della prevalenza applicata senza formularla, perchè la verità trionfa per sua naturale potenza anche prima che il filosofo l'abbia dimostrata e convertita in una formula scientifica. I romani che trovavano gravissimo reato nella profanazione del sepolcro ed avevano nei casi ordinari per lievissimo il furto, assorbivano nel primo il secondo titolo. Chi trovò nel furto un reato pel codice Sardo più grave della violazione di una tomba, assorbì il secondo titolo nel primo. La ragione è identica; le conseguenze variano per la differenza della penalità. Di qui nascono le apparenti discordie degli scrittori. Carmignani (§. 725, *et* 727) collocò questo caso fra le violazioni di sepolcro. Il codice penale Toscano (art. 218) lo punisce come violazione di sepolcro. Il codice Austriaco del 1852 al §. 306 lo dichiara furto. Chauveau (*n.* 3040) contro Carnot disse che era violazione di sepolcro e non furto. Ma Nypels (nella *nota* 8 al *n.* 3174) sostiene che è furto; e la Cassazione di Francia con decreto del 17 maggio 1822 decise per il furto cassando nello interesse della legge un giudicato difforme della Corte d'Aix. Roberti (nel suo *corso di diritto penale vol.* 6, *pag.* 201) sostiene doversi applicare il titolo di furto, considerandolo come più grave per la concorrenza del violato sepolcro: vedasi Baver *opusc.* 16. Per il furto si pronunziò anche la nostra Corte di Cassazione: *Annali Toscani XV*, 1, 324.

TITOLO IX.

Espilata eredità.

§. 2413.

Il titolo di *espilata eredità* (1) deve la sua specializzazione ai principii del diritto civile piuttostochè a motivi intrinseci al giure punitivo. I romani tennero come principio rigoroso che il patrimonio di un defunto non potesse far passaggio nel suo erede qualunque egli fosse, senza che questi facesse per parte sua un atto di adizione: un atto solenne che dei beni ereditari a lui conferisse il possesso che la semplice volontà del defunto o della legge non aveva abilità di conferirgli. Nello intervallo pertanto che intercedeva fra la morte di un cittadino e questo atto di solenne adizione, la eredità di quello si considerava come senza padrone, come non posseduta da alcuno: di qui la nozione della persona fittizia della *eredità giacente*. In quell' intervallo le cose appartenenti al compendio ereditario non erano *nullius:* non potevano dunque impunemente occuparsi da estranei. Ma i romani (2) non vollero applicare il titolo di vero furto al fatto malvagio di chi avesse da codesto compendio sottratta una qualche cosa, perchè non videro una persona fisica il possesso e dominio della quale potesse dirsi violato. Questo fatto pertanto che pur voleva reprimersi non chiamossi *furto* ma *espilata eredità*. La espilata eredità è dunque — *un furto commesso a danno di una eredità giacente.*

(1) Bibliografia — Menochio *de arbitrariis judic. cent.* 3, *quaest.* 300 — Coepolla *cons.* 71, *n.* 19 *et seqq.* — Reyger *thesaurus juris, verbo expilator* — Farinaccio *variar. quaest. lib.* 5, *tit.* 17, *quaest.* 174, *n.* 122 — Fulgosio *consil.* 157, *col.* 2 — Dolfio *allegationes vol.* 4, *pag.* 405 — Colero *decis.* 190 — Cannegieter Hermannus *observationes lib.* 1, *cap.* 20, *pag.* 129.

(2) Nel diritto Romano ai figli ed alla moglie mancipia non si applicava neppure il titolo di espilata eredità: D' Arnaud *variar. coniectur. pag.* 343. Gli alemanni disputarono acremente se l' art. 165 della Carolina avesse mantenuto il titolo di espilata eredità: sul che è a vedersi Leyser *medit. in pand. spec.* 556.

§. 2414.

Guardato rimpetto ai principii della ragione penale non ha niente che lo impropri nel senso di doverne modificare la quantità politica. Anzi se si considera la mancanza di ogni protezione per parte del privato, in cui versano le cose ereditarie in codesto periodo, la stregua della repressione dovrebbe forse atteggiarsi a maggiore severità. Ma questa specialità di titolo è andata generalmente in disuso ovunque ha prevalso l' opposto principio di diritto civile che ammette il passaggio immediato dal defunto nello erede del dominio della università ereditaria. Questo principio opposto, di derivazione germanica, che i francesi esprimono col noto broccardo — *le mort saisit le vif,* non lascia un istante le cose senza padrone; tranne il caso di defunto intestato senza successori legittimi, o di eredità rinunziata. Laonde è oggi andato in completa dissuetudine quasi universalmente (1) il titolo speciale di *espilata eredità,* e sebbene in questi ultimi casi mantenendosi il con-

cetto di una *eredità jacente* potessero forse riprodursi le ragioni per cui sembrò ai romani non dovervi ricorrere i termini di vero furto, pure la pratica moderna ha negletto tale sottigliezza, e si applica indistintamente il titolo di furto (2).

(1) L' abbandono delle antiche sottigliezze intorno alla persona giuridica della eredità ebbe occasione di mostrarsi in un caso assai singolare. Un servo aveva rubato nella casa padronale, ma in un intervallo di tempo in cui essendo morto il padrone e gli eredi assenti, questi non ancora avevano conseguito il materiale possesso delle cose rubate. Si sosteneva non ricorrere i termini di famulato perchè i rapporti di fede tra il domestico ed il padrone erano rotti dalla morte di questo, nè ancora legati i nuovi rapporti col nuovo padrone, che neppure conosceva quel servo. Ma le nostre Corti (*Annali Toscani XXI*, 1, 755 e 756) respinsero tale sistema.

(2) Anche a Carmignani (*Scritti inediti vol.* 6, *pag.* 101, *Lucca, Giusti*, 1852) parve da abolire il titolo di espilata eredità dal novero dei delitti, per la sua incompatibilità con l' art. 3 della legge 18 agosto 1814 relativa alle successioni.

§. 2415.

Che se uno di quei compendii che oggidì si dicono *eredità giacenti*, e l' amministrazione dei quali si affida dal tribunale alla cura di qualche individuo eletto appositamente a tale officio, venga da questo individuo medesimo dilapidato a suo pro, sebbene alcuni credano di chiamare simile fatto una *espilata eredità* (1) pure essa non è in sostanza che una *frodata amministrazione*: codice Toscano art. 401.

(1) Avvertasi anche a questo luogo che la questione di *nome* non è di puro nome, ma svolgesi in pratica nelle più sen-

sibili conseguenze. Se un fatto lo chiamate *furto* dove in un caso si accompagni da alcuna di quelle circostanze che qualificano il furto, e conducono a più grave punizione, questa non potrassi evitare. Se invece lo dite frodata amministrazione o espilata eredità ecco che il titolo di furto con scasso, notturno, violento e simili non sarà più applicabile. Le differenze consequenziali del nome si sviluppano ancora sotto altre forme. Elegante è la questione che si agitò fra i dottori sul punto di sapere se le cose sottratte ad una eredità mentre giaceva debbono guardarsi come furtive, sicchè il terzo compratore delle medesime non possa opporre la prescrizione contro l' erede che avendo posteriormente adìto la eredità venga a rivendicarle. È a vedersi per intero in proposito l' Aurpach *Epistolarum juridicar. lib. 2, epist. 7, pag. mihi* 173.

§. 2416.

Ove poi la occupazione di cose ereditarie si facesse da chi pretende a dispetto di altri di essere erede senza avere ottenuto giudiciale recognizione del suo vantato diritto, sorgerebbe spontaneo il titolo di *ragion fattasi* (1). E dove taluno a buona fede e senza criminosa invasione di possesso, credendosi erede, disponesse a suo pro di cose pertinenti ad una successione che in realtà non gli spetta, il titolo putativo farebbe sparire ogni delitto. Per lo che in simili casi diviene spesso influente la questione pregiudiziale: Morin *n. 8133.*

(1) Ma che dovrebbe dirsi nel caso rovescio; quando cioè un estraneo s' introducesse nella casa del defunto e rubasse col fermo proposito di rubare; ma poi si trovasse che egli era lo erede validamente istituito dal defunto; e che così aveva contrettato una cosa propria. Fuvvi chi volle sottiliz-

zare e trovar furto in questa ipotesi, per la ragione che colui non aveva il possesso delle cose che prendeva: vedasi l' *Eco dei Tribunali n.* **1292**. Ma è però un fatto che la cosa non era *altrui*, e dove non si mantiene il titolo di espilata eredità come figura speciale di reato io non saprei adattarvi il titolo di furto.

CAPITOLO IX.

Di alcuni delitti che offendono la proprietà reale, *e muovono da* animo di lucro, *ma cadono sopra* beni immobili.

§. 2417.

L' animo di lucro è lo elemento *morale* del furto: il suo elemento *materiale* è la contrettazione. Potrà la contrettazione presentare uno spoglio meno completo del possesso, o incontrare una resistenza minore per parte del proprietario; e da ciò impropriarsi il furto: ma una *contrectatio* è indispensabile. Perciò i beni immobili i quali *non contrectantur sed invaduntur* non possono essere soggetto passivo di furto finchè rimangono tali; sebbene sopra una porzione di loro che la mano avida del colpevole ne abbia avulsa per contrettarla, il furto (1) possa verificarsi. Ma finchè lo immobile rimane immobile; se esso diviene oggetto dell' altrui avidità, questa non può estrinsecarsi che in una *invasione.* Come la contrettazione è lo estremo materiale del furto, così la *invasione* sarà dunque lo estremo comune di tutti i reati coi quali si offende la *proprietà immobiliare.*

(1) Anche questa proposizione non si accettò dagli antichi i quali nella mobilizzazione di una parte d'immobile eseguita a fine di contrettarla e cavarne lucro persistettero a non ravvisare furto, ma *danno dato con asportazione;* titolo che per loro fu assai diverso. La ormai conosciuta sottigliezza dei pratici che fu la espressione del primo slancio col quale la umanità e la filosofia reagiva contro il sistema di penalità esorbitante ed atroce che le tradizioni orientali, il fanatismo, la ignoranza e la paura dei potenti aveva renduto dominatore nel giure penale, tra i mille ritrovati coi quali trasportando nel foro la casuistica cercò di salvare i ladri dalla forca, fuvvi pure questa distinzione tra *furto e danno dato con asportazione.* La pena di morte non può colpire che il *caso vero.* Il furto deve cadere su cosa *mobile.* Se distaccasi da un *immobile* una sua porzione, o dal suolo i frutti pendenti, ciò è un *danno dato* susseguito da asportazione, ma non un furto: e così non cade sotto la regola del terzo furto, nè sotto le sanzioni capitali dettate per questo. Per tali ambagi accortissime si aggirava utilmente lo ingegno dei giuristi in quei tempi nei quali gli uomini di toga non avevano il coraggio di dire ai legislatori della terra come verità giuridica ciò che i padri della chiesa avevano detto loro come precetto religioso e morale; e ciò che come principio giuridico promulgò l'immortale Beccaria: vale a dire che il giure penale ha dei limiti, e che i sovrani quando vietano e quando puniscono devono sottostare ai limiti di giustizia e subire il sindacato della ragione. La recognizione di questa verità prodotta dal progresso civile e scientifico col moderare le esorbitanze della vecchia penalità ha reso inutili i mezzi termini; e perciò oggidì del danno dato con asportazione non più si fa un titolo distinto dai furti ma si lascia tra questi; ai quali veramente appartiene e per la materialità e per il fine dello agente.

§. 2418.

Ma la *invasione* può essere accompagnata dalla intenzione di renderla perpetua; ed a tal fine eseguirsi con atti che valgano appunto a porgere allo invasore il mezzo di perpetuarla con apparenza giuridica di legittimità; e ne sorgono i titoli di *amozione di termine* e di *turbato possesso*. O può essere invasa *momentaneamente* per animo di trarre dallo immobile un qualche indebito vantaggio senza dispogliarne completamente il proprietario, come avviene nei titoli di *caccia sul fondo altrui*, e di *deviazione di acqua*. Daremo anche di questi reati alcuni cenni; ma brevissimi attesa la minore loro importanza.

TITOLO I.

Amozione di termini

§. 2419.

Il delitto di *amozione di termini*, sconosciuto da quei popoli che non ebbero proprietà territoriale, si tenne invece come gravissimo appo quelle genti che vissero dell' agricoltura: e alloraquando rimaneva arduo il riconoscimento dei confini tra i respettivi possessi territoriali per le difficoltà tra le quali versavano le scienze geometriche (1) un sasso confitto in terra per segnare il limite di due possessi acquistava la più alta importanza. La remozione maliziosa che l' avido vicino avesse fatta di uno di quei sassi era una calamità spesso irreparabile pel proprietario.

(1) Chiunque vegga le mappe che in antico si facevano dei possessi territoriali, e confronti quei segni grossolani ed informi ed appena dimostrativi delle più pronunziate linee di confine con le minuziose ed esattissime piante dei nostri moderni geometri, comprenderà a colpo d'occhio la differenziale fra la importanza di un *termine* odierno e la importanza dello identico *termine* nei tempi che furono. Gli avi nostri per supplire a questa importanza ebbero persino ricorso al sistema costosissimo e laborioso di descrivere i possessi che più avevano cari con certe piante in legno sulle quali era riprodotta ogni prominenza ogni curva ed ogni angolosità del suolo. Esistono anche nell'Archivio di Lucca monumenti consimili, nei quali mentre ammirasi la pazienza degli antichi nel riprodurre con lo scalpello tutti i meandri e le tortuosità di terreni montuosi, si scorge pur troppo la insufficienza di quei conati che rimangono sempre fallaci per la mancanza di orientazione.

§. 2420.

Di qui la idea di chiamare la religione (1) a soccorso della proprietà minacciata, immaginando il Dio Termine, e facendo di quei sassi altrettante Divinità; sicchè incorresse lo anatema chiunque vi portava la mano sacrilega. Di qui pure le severissime punizioni delle antiche leggi contro il delitto di *amozione di termini* (2). Sebbene oggidì questo reato abbia perduto le grandi sue proporzioni pure se ne conserva la nozione nella maggior parte dei codici contemporanei, ma come di delitto perseguitabile per lo più ad istanza privata, e punibile con miti repressioni.

(1) La idea tutta religiosa del reato di amozione di termini presso gli antichi è manifesta. Sembra che per il grande

interesse di questi segni della proprietà territoriale si credesse insufficiente a proteggerli il braccio umano e si ponessero sotto la immediata protezione della divinità. Mosè (*Deuteronomio* 19, 14, *e* 27, 17) ordinò che i Leviti in faccia al popolo pronunciassero solenne maledizione contro chi aveva rimosso i termini della proprietà vicina, e che tutto il popolo presente rispondesse *amen*. Laonde sorse disputa fra i rabbini se contro la remozione dei termini fosse sanzionata una pena temporale, prevalendo a quanto sembra la opinione negativa: vedasi Thonissen *Etudes sur le droit pénal des anciens, vol.* 2, *append. A, cap.* 6, §. 3, *pag.* 216. *Bruxelles* 1869.

(2) Bibliografia — Trotz *jus agrarium romanorum pag.* 441: *jus agrarium foederati Belgi vol.* 2, *pag.* 68 — Metmann *de delictis agrariis pag.* 27 — Wicherlink *dissert. de termino moto* — Damhouder *praxis crim. cap.* 129 — Trotz *dissert. de termino moto; in* Oelrichs *thesaur. nov. vol.* 2, *tom.* 1, *diss.* 3 — Van Leuwen *dissert. de effectu juris dominii agrorum magis minusve circumscripti in populorum et potriam agricolturam* — Colero *decis.* 145 — Halsken *dissertatio de delictis agrariis* — Lobeck *de jure lapidum terminalium* — Pancirolo *variar. lection. lib.* 2, *cap.* 121, *pag.* 299 — Muller *de crimine termini moti* — Bejer *de termino moto* — Engau *elementa* §. 460 — Crusio *de indiciis pars* 3, *cap.* 19, *pag.* 113 — Koch *institut.* §. 549 *et seqq.* — Henriot *moeurs juridiques tom.* 2, *pog.* 157. In quanto agli estremi del delitto di amozione di termini secondo il moderno giure di Francia, vedasi Morin *art.* 7877.

§. 2421.

Questo reato si definisce — *la remozione di un termine eseguita dal vicino per fine di estendere sull' altrui la sua proprietà*. La definizione chiaro

dimostra che gli estremi dei quali oltre la preesistenza materiale e legale del termine (1) si costituisce il criterio essenziale di questo reato, devono essere tre — 1.° *L'atto materiale* — 2.° *La persona* — 3.° *Il fine.*

(1) Sulla etimologia della parola termine e sui vari nomi dati a codesti segnali dissertò Cristiano Trotz *de termino moto; in* Oelrichs *thesaur. novus vol.* 2, *tom.* 2, *pag.* 202: dove con molta erudizione si ricordano i diversi modi coi quali si costituivano quei limiti alle possessioni, e i diversi nomi che si dettero a siffatti segnali.

§. 2422.

Primo estremo — La parola *amozione* esprime un concetto generale e indefinito. O sia divelto, o sia tramutato, o sia spezzato, o sia distrutto il *segno* che il proprietario aveva apposto come durevole testimonio della sua proprietà, evvi sempre lo elemento materiale del delitto. Sul medesimo niente influiscono le particolari condizioni del termine. Fosse egli sotto la terra, o sopra; fosse di pietra, o di legno; fosse murato o soltanto confitto nel suolo; purchè ei fosse posto là (1) come testimonio di dominio, e ne sia stato ritolto, sempre esiste la materialità del delitto.

(1) Come è antichissimo l'uso della apposizione di *termini* per indicare la linea che delimita due proprietà attigue, così è antichissimo il costume di dare con una materialità il carattere di *termine* al sasso confitto in terra per tale destinazione. Non ogni sasso confitto nel suolo è un termine, ma vi occorrono a farlo tale i *testimoni;* che così si dissero fino dagli antichi due sassi che si ponevano sotto terra da

ambo i lati (ed in alcuni luoghi quattro da quattro lati) della pietra che doveva rimanere visibile e scoperta a funzionare da termine. Questi sassi così collocati sotto terra testimoniavano in caso di controversia la virtù giuridica di quella pietra che colà si vedeva fuori di terra. Tale costume tuttavia praticato nelle nostre campagne risale agli antichi scandinavi: Herrig *De rebus agrariis Suevicis et Danicis pag.* 31.

§. 2423.

Secondo estremo — La *persona* che abbia eseguito l'atto o per conto ed utile della quale siasi eseguito (che torna allo istesso) deve essere quella del possessore dell'agro limitrofo.

§. 2424.

Terzo estremo — L'*animo* dello agente deve esser diretto ad usurpare l'altrui proprietà immobiliare mediante l'amozione del termine. E qui di nuovo si noti la influenza costante dell'animo sulla essenza giuridica dei reati; e sia novella riprova della verità della formula nostra che l'oggetto del delitto non è la *cosa* su cui cade l'azione, ma il diritto che si vuole aggredire. Se il vicino ha giusta ragione di credere che quel termine siasi illecitamente collocato, e lo atterra, ei non intende ad usurpare l'altrui ma a respingere l'arbitrio; egli vuole farsi giustizia, e sarà tutto al più responsabile di *ragion fattasi.* Se egli od altri abbatte quel termine per fare un dispettto è colpevole di *danno dato.* Se abbisognando di una pietra divelge il termine e via lo porta per servirsene a vantaggio suo è reo di *furto.* Deve peraltro osservarsi a migliore

esattezza che il reato di amozione di termini qui si contempla come *isolato:* cosicchè il malefizio si consuma (notisi bene) col solo rimuovere il termine a fine di usurpazione, ed è perfetto anche prima che a quel fatto abbiano succeduto atti materiali di usurpazione. Che se dopo remosso il termine lo agente proceda oltre ed invada ancora il terreno limitrofo non si può già dire che *muti forma* il reato di termine mosso. No: si ha invece la concomitanza di un *secondo* delitto che complica la situazione; il delitto cioè di usurpazione o *turbato possesso.* I due titoli si unificano per la unità del fine e non si applica che una pena: ma questa si regola sulla nota teorica della prevalenza; e giusta la medesima s'imputa il primo titolo qualificato dal secondo, o il secondo qualificato dal primo.

§. 2425.

Il criterio misuratore della quantità *naturale* di questo malefizio si compone della duplice considerazione del danno *effettivo* consistente nel terreno che si è usurpato, e nella spesa necessaria a rimettere il termine; e del danno *potenziale* costituito dalla maggiore o minore difficoltà della nuova verificazione dei confini.

§. 2426.

I criterii misuratori della sua quantità *politica* possono dipendere dalle circostanze accessorie, dal tempo e modo del fatto, che in certa guisa lo qualificano. Fra queste circostanze vuolsi notare —

1.° La riunione di *più individui* accordatisi ad eseguire la remozione — 2.° L'essere stato il termine apposto per autorità giudiciale — 3.° Le armi delate nella esecuzione e la violenza usata al vicino, che spesso faranno ancora trapassare il fatto in un reato più grave.

§. 2427.

La pena della amozione di termini dalle altissime misure che raggiunse nelle antiche (1) leggi per le sovra esposte cagioni, è discesa oggidì generalmente alla *pecuniaria* (codice Toscano art. 425, pel quale può estendersi al carcere solo eccezionalmente nei casi più gravi) o pei codici più rigorosi alla prigionia, che dal Sardo si minaccia (art. 677) fino ad un anno.

(1) In Roma la pena dell'amozione di termini variò da Numa Pompilio che aveva minacciato la pena capitale fino ad Adriano che inflisse alternamente la relegazione, i lavori pubblici, o la fustigazione secondo la condizione del delinquente: *l.* 2, *ff. de termino moto:* vedasi Senckenberg *Brachylogus, pag. mihi* 287. Fra le antiche leggi penali questo delitto è preveduto e punito dalla Carolina, *art.* 114; dalle leggi provinciali di Svezia di Carlo IX, *lib.* 5, *cap.* 27; dal Fuero Juzgo, *ley* 2, *tit.* 3, *lib.* 10; dal Fuero Real, *ley* 6, *tit.* 4, *lib.* 4; e dalle Partidas, *ley* 30, *tit.* 14, *p.* 7. Nelle antiche leggi di Francia ebbe il delitto di amozione di termini alcune specialità che possono riscontrarsi in Rousseaud de la Combe *matières criminelles pag.* 92. Là si perseguitava ad azione pubblica, e si punì talvolta con la perdita di altrettanto terreno equivalente a quello usurpato. Fra le moderne legislazioni è preveduto dal codice Portoghese (art. 446)

e punito con la prigione da un mese a un anno e multa; dal codice delle Isole Jonie (art. 810) con la casa di correzione da quattro a otto anni; dal codice del Perù (art. 689) con li arresti da sei giorni a un mese e multa; dal codice di S. Marino (art. 504) con prigionìa da sei mesi ad un anno e multa; dal codice di Bolivia (art. 771) con li arresti da sei giorni a un mese e multa; dal codice di Neuchatel (art. 241) con la carcere da quattro giorni a tre mesi; dal codice Spagnuolo (art. 442) con multa proporzionale all' utile ottenuto.

TITOLO II.

Turbato possesso.

§. 2428.

L' atto col quale si occupa o s' invade un fondo o rustico o urbano pacificamente posseduto da altri e contro sua volontà esercitandovi diritti di proprietà e di possesso o di servitù, o si disturba il possessore nel godimento di tali diritti, costituisce quel reato che nomasi *turbato possesso* (1). Molte legislazioni non elevarono tali fatti al grado di delitti lasciando agli interessati la cura di ripararvi mediante gl' interdetti civili, ma da altre (come dal codice Toscano art. 426) il turbato possesso si considerò come politicamente imputabile e si punì con pena pecuniaria nei casi più leggieri, col carcere nei casi più gravi.

(1) Vedasi Bocero *disput. de vi expulsiva turbativa et inquietativa, vol. 1, class. 4, disput. 5.*

§. 2429.

I criterii essenziali di questo malefizio si compongono di tre estremi — 1.° L' *atto materiale per parte dello agente* — 2.° Il *possesso* pacifico del paziente — 3.° L' *animo*.

§. 2430.

Primo estremo — L' *atto materiale* può rappresentarsi da qualunque atto esterno col quale si eserciti in qualsiasi modo, purchè materialmente, un diritto patrimoniale e reale sullo stabile altrui, o si disturbi un tale esercizio nel possessore. Le iattanze verbali che possono dar luogo al giudizio diffamatorio non valgono mai a costituire quella turbativa che si eleva a reato.

§. 2431.

Secondo estremo — Il possesso di un diritto patrimoniale e reale che si afferma disturbato dev' essere *pacifico* nel possessore che se ne lagna. Se era promiscuo, se era contrastato, non può sorgere la nozione di questo delitto; anche in ordine al quale non deve dimenticarsi la regola che *qui continuat non attentat*.

§. 2432.

Terzo estremo — L' *animo* dev' essere quello di acquisire a sè il possesso dello stabile posseduto da altri. Se si ebbe l' intendimento di fare un dispetto

potrà sorgere la nozione del *danno dato:* o potrà secondo la opinione di alcuni aversi un' *ingiuria;* lo che peraltro non è esatto rispetto alla nozione speciale a cui la scienza moderna ha ristretto il titolo d'ingiuria caratterizzandola delitto contro l'onore. E questo è forse il motivo pel quale il codice Toscano (art. 426) non ha definito il delitto di turbato possesso, secondo le condizioni dell' *animo:* laonde in faccia al nostro codice questo terzo estremo sembra essersi alquanto allargato. Certo è però che se la turbativa di possesso avvenne per lo intendimento *di esercitare un diritto* o vero od opinato sorge il titolo di ragion fattasi; e se si svolse in una asportazione di oggetti altrui, sorge il titolo di furto (1).

(1) Per queste e per altre analoghe osservazioni in casi simili non sembri che s' interverta la indole *oggettiva* del nostro sistema di dottrina penale. No: i cardini fondamentali non oscillano. La nostra dottrina è *oggettiva* finchè trattasi della *essenzialità, qualità* e *quantità* del malefizio che sempre dipendono dal diritto aggredito, dalla sua natura, e dalla sua importanza; e non diviene *soggettiva* che nella teorica del *grado.* Ma appunto perchè la nostra dottrina è *oggettiva* s' immutano per lei le condizioni del malefizio secondo certe mutazioni *soggettive* quando queste traggono seco loro la mutazione dell' oggettivo. Per la intenzione *(soggettività morale)* diretta ad aggredire uno piuttosto che un altro diritto; o per il fatto *(soggettività fisica)* divenuto aggressivo di uno piuttosto che di altro diritto, si cambia il malefizio appunto perchè quella direzione od aggressione diversa cambia la oggettività del reato.

TITOLO III.

Caccia indebita sui fondi altrui.

§. 2433.

In molti paesi di Europa è libera la cacciagione sui fondi altrui. In molti è vietata indistintamente. In altri è vietata nei fondi addetti a certe culture, libera nei fondi continuamente sodi od incolti. Il permesso illimitato s' ispira al favore della industria venatoria alimento di molte famiglie. La proibizione indistinta s'ispira al sommo principio del libero esercizio della umana attività, ed alle tradizioni feudali che considerarono il diritto di caccia come inerente al dominio del suolo sul quale sceglievano stanza le fiere, o vi cercavano nutrimento (1). La libertà ed il divieto alternato secondo le diverse culture s' ispira allo interesse di conciliare la industria venatoria con la industria agricola; onde quella non torni a danno di questa. In quest' ultimo senso soltanto la civiltà odierna tollera che la caccia sui fondi altrui si noveri fra i *delitti*.

(1) È singolare la sottigliezza degli argomenti coi quali si cercò sostenere la privativa della caccia a favore del proprietario del suolo. Molti andarono diritti al concetto della regalìa, e considerando lo *jus venandi* come inerente all' *alto dominio* che spetta al principe lo interdissero anche ai proprietari: altri senza risalire tanto alto dissero che lo animale selvaggio nutrendosi nel mio era mio: altri che essendo nato nel mio, era mio, abusando della regola *quod in meo nascit meum est*. Di tali argomentazioni volle a mio credere fare una

dottissima satira quello acuto ingegno del **Besoldo** quando nel suo *thesaurus practicus (vol.* 1, *pag.* 462) prese con sei successive dissertazioni a propugnare le tesi diverse relative alla proprietà del pulcino nato nell'orto di uno da un uovo depositatovi dalla gallina di altri, fecondato dal gallo di un terzo, e covato dalla gallina di un quarto. Per ciascuno dei quattro proprietarii compose il **Besoldo** quattro speciali difese contradittorie; nel leggere le quali la mente ammira l'abilità di quel giureconsulto al maneggio del testo romano, ma nel tempo stesso comprende in modo palpabile quanto abuso si possa fare di un testo di legge da un accorto dialettico; e con quanta facilità possa da noi avvocati scambiarsi il cavillo col ragionamento. Lasciate da parte le idee regali e feudali, e disprezzato ogni abuso dei principii della accessione (i quali se possono correr diritti in tema di pesca nei laghi privati quantunque anche i pesci in certe condizioni si dicano fiere, male si adattano ai quadrupedi ed ai volatili) il divieto della caccia nel fondo altrui non può avere che un fondamento solido: quello cioè del diritto d'inibire ad altri lo ingresso nel fondo nostro: diritto incontrastabile, e che non è emulatorio in questo suo esercizio, se si avverte ai danni che anche nei boschi cagiona così lo aucupio come la caccia, sia rispetto al terreno che si calpesta, sia rispetto alle piante ed ai frutti: danni che sono minimi se si guardano rimpetto ad uno individuo; ma che moltiplicati da uno sciame di cacciatori divengono gravosissimi al proprietario. Per lo che la più sana e civile dottrina è quella che permette la caccia nello altrui in luoghi perpetuamente sodi ed incolti. Ma qui sorge un'aperta contradizione in quelle leggi e giurisprudenze (**Morin** *art.* 8270 *et art.* 8015) che negano allo affittuario il diritto di caccia sul fondo locato, e al colono il diritto di querelare i cacciatori. Se, posta da banda ogni tradizione delle antiche signorie, il divieto di caccia si ragiona sull'arbitrario ingresso nel fondo non può negarsene il diritto allo affittuario ed al colono: se si ragiona sullo interesse d'impedire i danni inferiti al suolo, questa ragione non mi-

lita contro l' affittuario che ha balìa di disperdere quei frutti purchè paghi l' annua mercede, e per la medesima deve accordarsi facoltà di querela al colono che ha tanto interesse a non veder calpestato il prodotto dei suoi sudori. Anche la caccia andò incontro alla oscillazione delle umane opinioni. Ora si considerò come esercizio nobilissimo, segnale di alte virtù e di grande onorificenza, cosicchè alcuni principi ordinarono dovere essere rispettato come festa d' intiero precetto il giorno di sant' Uberto protettore dei cacciatori: ed altri principi istituirono pei medesimi uno speciale ordine cavalleresco, gli emblemi del quale ci ha conservato il Ludewig nella dissertazione *de venatu*, dove afferma che i vurtemberghesi sono stati sempre eccellenti soldati per le loro abitudini e scuole venatorie e per la onoranza in che sonosi sempre tenute tali discipline dai loro Sovrani. Ora per lo contrario si è stigmatizzata la caccia come arte vilissima e barbara che inferocisce i costumi, a talchè si è persino insegnato non doversi permettere ai sacerdoti; nel qual senso è a vedersi Isachio *tractatus de venatione*, *Reggio* 1625, *quaest.* 10, *n.* 13, libro senza paginazione: nel quale mi sembra specialmente notabile la distinzione che si fa tra la caccia e la pesca, riprovando quella, e lodando questa e permettendola ai sacerdoti per una folla di ragioni l' una più singolare dell' altra che rendono amenissima la lettura di quello scritto. Analoghe indagini troviamo nel Majer *de jure venandi cap.* 3, *pag.* 18. Si ricordano eziandio speciali editti di principi che amarono proteggere alcune specie favorite di animali: così il Ludewig (nella dissertazione *de venatu ejusque regali, vol.* 2, *dissert.* 5, *pag.* 58) fa menzione di una legge con la quale Federigo I di Prussia proibì la uccisione e la vendita degli usignuoli perchè dilettavasi del loro canto. L' argomento dei Sacerdoti cacciatori non richiamò soltanto le prescrizioni canoniche; ma se ne occuparono eziandio gl' Imperatori germanici: vedasi Goldast *sacri imperii Romani Teutonici Constitutiones vol.* 2, *pag.* 336;

et vol. 3, *pag.* 140, 228, 300, 649; ove si trovano i relativi bandi dei diversi Imperatori da Carlo Magno fino a Federigo II.

§. 2434.

Un tempo la superbia dei potenti pretese di estendere i loro diritti anche sugli augelli dell' aria che sono l' emblema della libertà: e si ebbe il coraggio di dire che la caccia era privativa Regia o privativa dei Baroni, e dei Signori, anche sui fondi di privati cittadini: e s' interdisse assolutamente alla plebe (1). Al che valse ancora la veduta politica di non assuefare al maneggio delle armi i popolani che si volevano tenere oppressi. Codeste idee scomparvero: ma poichè troppo spesso è condizione umana che non si faccia guerra al dispotismo per distruggere il dispotismo; ma solo per tramutarne l' esercizio da una mano nell' altra, i proprietari si diedero a vantar essi quel diritto sugli augelli dell' aria che avevano fin qui contrastato ai Principi ed ai Baroni. La idea di considerare le fiere nel dominio o nella privativa di alcuno è una idea stolta, e sulla medesima non può trovare solida base il divieto della caccia (2) nei fondi altrui. Esso si sostiene in quanto l' esercizio della caccia rende necessaria la introduzione della persona nel fondo dove si vuole esercitare: ed ogni proprietario ha bene il diritto d' interdire ad altri la introduzione nel fondo suo: e tanto più ha diritto d' interdirla al cacciatore il quale con la esplosione delle armi danneggia le piante, e col calpestio proprio e dei cani deteriora qualsiasi cultura. Per lo che codesto divieto non può ragionevolmente colpire i fondi sodi e costantemente

incolti. Non è mai senza importanza la indagine sul principio cardinale di un divieto o di una punizione; e non lo è neppur qui. Decidere se la caccia sul fondo altrui s' interdica per rispetto alla proprietà del terreno oppure per rispetto ad un certo diritto che nel proprietario del terreno si voglia riconoscere come estensibile anche sullo animale che vi dimora refluisce sulla questione pratica così vivamente agitata (3) relativa all' animale che io abbia ferito sul mio ed inseguito sullo altrui. Se la interdizione procede dalla recognizione di un diritto sull' animale io potrò inseguire anche sul fondo altrui la belva che ho scovato e ferito nel mio terreno: se invece il divieto procede per un rispetto al terreno che non si deve invadere, la insecuzione di una belva ferita non è ragione per autorizzare siffatta invasione.

(1) Bibliografia — Medici *Tractatus de venatione* — Goltz *de damno ferino ejusque restitutione* — Menckenii *jus majestatis circa venationem* — Besoldo *thesaur. vol.* 2, *lit. w*, n. 58 — Ziegler *de jure venandi* — Richter *de venatione turbata* — Cabedo *Decisiones Lusitanae lib.* 2, *decis.* 89 — Harpprecht *Exercitationes vol.* 2, *disp.* 61 — Linschoten *diss. de venatione et jure venandi* — Zoannettus *de duplici venatione n.* 48 *et seqq.* — Franzkio *exercit.* 4, *quaest.* 2 — Goebel *de jure venandi* — Franck *de poenis in ferarum fures* — Bergero *disput.* 25 — Sixtinus *de regalibus lib.* 2, *cap.* 18 *n.* 77 — Ickstatt *de eo quod jure naturali circa venationes juris est; Opuscula tom.* 1, *opusc.* 8: *et de eo quod jure publico universali et particulari Juris Romano Germanici circa venationes juris est; tom.* 1, *opusc.* 9.

(2) Dissertarono i pubblicisti sulla potestà del principe di dichiarare privilegio a sè pertinente la caccia sui *fondi privati*. Molti dissero che la occupazione delle fiere come modo di acquistare il dominio era di diritto naturale, e che questo non potendo derogarsi dalla legge civile era tirannide lo interdirlo: lo che all' opposto negossi da molti che posero innanzi il principio della legittima restrizione del diritto naturale per l' utile dei consociati. Alcuni sostennero che siffatta regalìa era legittimata dalla prescrizione nascente dal fatto del principe, e dal silenzio dei popoli. Al che altri replicò non potersi prescrivere contro chi soggiace alla forza. Possono vedersi Grotius *de jure belli et pacis lib.* 2, *cap.* 8, *n.* 2 *et* 5 — Hilligero *in* Donellum *lib.* 5, *cap.* 22, *lit. c* — Tesauro *decis.* 16, *n.* 7 — Kinchen *de jure territorii cap.* 3, *n.* 137 — Mollero *semestrium lib.* 2, *cap.* 6, *n.* 5 — Carpzovio *responsa lib.* 1, *respons.* 40 — Fabro *in codicem lib.* 8. *tit.* 3, *defin.* 25 — Wissenbach *in tit. de acquir. rer. domin. n.* 1, *et seqq.* — Covarruvio *ad cap. peccatum de regulis juris in* 6.° *decretalium pars* 2, §. 8, *n.* 1; il quale rimuove il dubbio della illecita restrizione del gius naturale con la nota distinzione fra legge naturale *precettiva* che non può derogarsi dalla legge civile, e legge naturale *permissiva* che può benissimo derogarsi per ragioni di pubblico vantaggio. Correndo su questa linea i dottori indagano le ragioni di pubblico bene per le quali può impedirsi la caccia anche al proprietario nel suo terreno; ed in queste variano. Alcuni contemplano il pericolo di assuefare i sudditi al maneggio delle armi, che occorrono d' ordinario alla caccia; ragione che non varrebbe contro l' aucupio (e che sotto altro punto di vista) porterebbe invece ad incoraggire gli esercizi venatorii, considerati come *praeparatio bellico* (giusta la elegante formula del Conringio nelle sue *animadversiones* al libro *del principe* di Macchiavelli da lui voltato in latino; *opera vol.* 2, *pag.* 1043, *nota e)* appo quelle genti che vogliono educarsi a sostenere la propria indipendenza.

Altri lo interesse che i sudditi non si distraggano dall'agricoltura. Altri la conservazione della specie. Altri altre ragioni. Fra le quali ragioni è seriamente da considerarsi quella desunta dalla indole provvidenziale di certi animali che sono per natura loro distruttori d' insetti nocivi all' agricoltura od incomodi agli uomini. Sotto questo punto di vista la distruzione di simili animali è nociva a tutti i cittadini sotto il rapporto della prosperità del paese; ed è più specialmente nociva al proprietario di quel luogo dove accarezza e fomenta la riproduzione di certe specie animali appositamente perchè lo liberino dai danni e dalle molestie di insetti aborriti. I moralisti e canonisti trattano ancora la questione se il principe quando abbia dichiarato regalia la caccia sui fondi privati sia non ostante tenuto a risarcire i proprietarii dei danni che egli o le sue genti abbiano recato sui fondi privati. Essi trattano pure la questione se il cacciatore il quale abbia contro il divieto occupato una fiera, quantunque sia incorso nella pena minacciata dal divieto, acquisti il dominio della medesima: lo che si afferma da parecchi di loro che insegnano potersi bene in molti casi acquistare il dominio anche con atti che sieno vietati dalla legge civile. Ma generalmente i civilisti decidono in senso contrario tale quesito, e sostengono che lo esercente la caccia illecita non solo incorra la relativa pena, ma di più non quesisca diritto sulla fiera occupata: e ciò ancorchè la legge speciale non abbia decretato la confisca della cacciagione. Questo ultimo problema oggi diviene superfluo per la regola resa prevalente nel giure penale che i *corpi di delitto* e stromenti adoperati debbano sempre confiscarsi tanto se trattisi di vero delitto quanto se di trasgressione di polizia. Questa regola può soltanto, quando trattisi di caccia interdetta nei fondi privati per rispetto ai diritti del proprietario, lasciare un dubbio fra il precetto procedurale e i diritti del proprietario, che invocherà la regola per la quale le cose furtive si escludono dalla confisca ma si rendono al padrone.

(3) Intorno a tale questione si può vedere Morin *Journal du droit criminel art.* 8728.

§. 2435.

È evidente da ciò che il *permesso* dato dal proprietario elimina questo delitto, come la consegna del padrone libero e sciente elimina il titolo di *furto*. Nè vi era bisogno di avvertire ciò tranne per notare la differenza tra caso e caso: perchè mentre la licenza data a me di pigliare una cosa esclude il furto ancorchè io incarichi un terzo di pigliare quella cosa, il permesso di cacciare al contrario è *personale:* e se per il permesso a me accordato io mando un terzo a cacciare in quel fondo per conto mio, sorge il delitto come se il permesso dato non fosse (1).

(1) Il permesso che il proprietario abbia dato ad alcuno di cacciare sul proprio fondo è puramente *personale;* e perciò se colui che aveva tale licenza l' ha ceduta a un terzo, questo terzo non può esimersi dalla pena della caccia illecita: e neppure può a lui giovare la *buona fede* nella quale asseriva di essere per la opinione di validità della concessione ottenuta. Così ha giudicato la Corte di Parigi il 12 decembre 1867, osservando che la licenza data dal proprietario ad alcuno può avere per causa un riguardo alle qualità del concessionario, alla sua poca abilità nella caccia, o alle sue occupazioni che gli permettono raramente di esercitarla. Questa regola è in principio giustissima: ma la questione della *buona fede* nel terzo è sempre questione di fatto. Quando circostanze speciali mostrino che il cacciatore ebbe buone ragioni di credere che chi gli dava quella licenza ne avesse legittima potestà egli non può es-

sere in dolo. E poichè la caccia in fondo altrui non è una trasgressione di polizia ma un *delitto*, l' errore di fatto deve esentare dalla pena. Posta la questione sotto questo punto di vista (cioè nei termini di delitto) può invece sostenersi che sia punibile colui che a mala fede dando il permesso senza autorità, fu scientemente causa che altri violasse i diritti del proprietario. Ma in Francia si applicano alla caccia le regole delle trasgressioni e perciò non si valutano le questioni intenzionali: Morin *art.* 8178. La questione in genere sulla cessibilità o non cessibilità dello *jus venationis* ad altra persona, si tratta dal Majer *tractatus de jure venandi romano germanico cap.* 3, *pag.* 23.

§. 2436.

Coerente a questi principii volle essere il codice Toscano; il quale all' art. 427 permise la caccia (1) nei terreni che siano *spogliati* e *costantemente sodi*. Ma una decisione della Corte Suprema interpetrando codesto articolo decise che per il medesimo era proibita la caccia nei laghi, per la ragione che l'*acqua non è soda*.

(1) Non deve dimenticarsi che la parola *caccia* ha un significato largo ed uno più stretto e giuridico. Questo senso stretto è l' unico che deve accettarsi quando si voglia contemplare la caccia come forma criminosa; ed esso ha il suo criterio essenziale nell' *animo* dello agente. Non tutte le volte che si uccide un animale si esercita caccia, ma allora soltanto che vuol farsene preda o per le sue carni o per la sua pelle, o per un uso qualunque di nostro servizio. Chi uccide l' animale che lo aggredisce intende a difendere sè stesso e non esercita caccia, come non la esercita chi intende a tutelare le sue proprietà aggredite da qualche animale: Morin *Journal du droit criminel art.* 8536. Di qui nasce che la

teorica dello *errore scusante* può avere in materia di caccia una duplice forma. Può utilmente dedursi di avere errato sulla pertinenza del terreno quando da questa derivi la criminalità del fatto: può invece dedursi di avere errato sulla natura dell' animale, quando da questa dipenda la colpevolezza o non colpevolezza dell' atto; e in questo ultimo caso si dedusse nel caso riferito da Morin *art.* 8398.

§. 2437.

La difficoltà di verificare la consumazione della cacciagione, al che per la natura del fatto si esigerebbe la prova della uccisione della fiera o del suo impossessamento, fece introdurre la regola giurisprudenziale che l' *incesso venatorio* equivalesse in questo delitto al fatto della eseguita cacciagione. Il codice penale aderì a cotesta regola col definire il delitto la introduzione nel fondo altrui per fine di caccia. Cosicchè il criterio essenziale di codesto delitto si costituisce dal solo fatto d' introdursi nel fondo altrui per fine di caccia; sotto la quale parola comprendesi tanto la caccia con archibugio quanto qualunque sorta di aucupio. Il codice Toscano, art. 427, aveva noverato fra i *delitti* la caccia sul fondo altrui punendola con una multa. Posteriormente fu emanata in Toscana la legge speciale del 3 luglio 1856 relativa alla caccia: e Puccioni opinò *(vol. 5, pag. 285)* che questa legge derogasse al codice penale e che il fatto in questione non più costituisca *delitto* ma mera trasgressione. Ma rimango incerto se ciò egli affermi come pronunciato scientifico o come deduzione speciale dai termini della patria legge. In termini astratti io non trovo difficoltà

a ravvisarvi un delitto e a declinare per conseguenza le regole eccezionali dei fatti di polizia; perchè vi trovo la lesione scientemente recata al diritto di proprietà con lo invadere il fondo altrui: il danno può essere meramente potenziale, ma la lesione effettiva di un diritto vi è sempre (1).

(1) La maggior parte dei codici contemporanei lasciarono questo fatto al dominio dei regolamenti particolari; alcuni peraltro se ne occuparono, e fra questi il codice di Portogallo all' art. 254, §. unico; ove limitando le sue previsioni ai luoghi recinti minaccia la carcere fino a 30 giorni. Questo articolo si commentò col rimanente del codice da Levy Maria Jordao *vol.* 3, *pag.* 33: e Ferrao *(vol.* 5, *pag.* 310) ne trasse occasione di riandare tutta la legislazione portoghese in proposito di caccia. In quanto alle leggi barbariche è a notarsi il titolo 35 della legge salica emendata, conforme al titolo 36 della non emendata, ove si contempla anche il fatto di chi occupa una fiera *ferita* ed *inseguita* dal cacciatore: caso meritevole di speciale osservazione. Vedasi Georgish *corpus juris germanici antiqui pag.* 73 *et* 74, e Goldast *sacri Imperii Romani Teutonici constitutiones tom.* 3 *pag.* 9; dove a *pag.* 312 si trova apposito bando relativo alla caccia sul fondo altrui dettato l' anno 1029 da Conrado II. E in quanto alle antiche leggi Spagnole è importante a vedersi Avendano *aviso de caçadores y caça, Napoli* 1619.

§. 2438.

La estensione alle fiere dei principii dell' accessione condusse gli antichi a noverare la caccia nello altrui tra i modi ordinarii di commettere vero e proprio *furto.* La rettificazione di quei principii condusse a fare di questa forma un titolo speciale an-

che quando la caccia cadeva su certi animali mansuefatti: e così nacque in Toscana il titolo di *colombicidio.* Intorno al qual titolo si formò tra noi una giurisprudenza speciale: vedasi Cerretelli *Repertorio* alla parola *colombicidio.* Ma la uccisione dei colombi (Morin *art. 8115)* come in generale di ogni animale tanto mansueto quanto mansuefatto, costituisce il titolo di vero furto anche appo quelle legislazioni che prevedono il titolo speciale di caccia nel fondo altrui, appunto perchè tali bestie entrano in tutto il rigore dei termini sotto il dominio dell'uomo. Così i nostri tribunali hanno recentemente deciso che la caccia quando è caduta sopra *fagiani* sia vero furto e incorra nelle pene di questo: sul che noterò che la questione dei fagiani è trattata in termini dallo Strykio *disp. de jure princip. aereo; in ejus dissertat. vol. 5, disp. 22, cap. 4, n. 28* e dal Majer *tractatus de jure venandi romano germanico cap. 6, pag. 186.* Laonde il criterio speciale del reato di caccia sta nella indole di *fiera* dello animale (1) aggredito od ucciso. Se trattasi di bestia mansueta o mansuefatta cessa il titolo di caccia illecita per far luogo al titolo di *furto* se l'animale ucciso fu anche asportato, o se fu ucciso al fine di asportarlo, e il titolo di *danno dato* se fu ucciso sul fondo altrui (2) per fine d'ingiuria, e lasciato colà senza appropriarselo: ma in questi casi il reato non più si consuma col semplice incesso venatorio.

(1) L'analogia che all'occhio volgare corre tra caccia e pesca potrebbe far supporre che una parità di principii dovesse riconoscersi fra la caccia e la pesca nel fondo altrui.

Ma da un lato è un fatto cbe la idea di regalìa (già così dominante in tema di caccia) fu assai più raramente accolta in tema di pesca: vedasi Cabedo *Decisiones Lusitanae lib. 2, decis. 54; et lib. 1, decis. 95* — Ziegler *de jure majestatis lib. 2, cap. 14, §. 16, pag. 1046*, e i commentatori alla Carolina sull' art. 169 che mantiene il titolo di furto nella sola pesca in luogo chiuso, e ne fa un reato speciale nelle acque correnti allo aperto secondo i casi. Ciò derivò forse per la minore nobiltà dello esercizio. Dall' altro lato è intuitivo che la forma della accessione, e conseguentemente i caratteri del vero furto si adattano più agevolmente ai pesci in special modo se chiusi entro uno stagno privato (Morin *art. 8137, 8140, 8142 et 8144*) che non ad altre fiere vaganti sul terreno o per l' aria. Sulle ragioni di distinguere fra la caccia e la pesca discorse Bonifacio *de furtis §. mobilis, n. 14 et seqq.* Oggidì la dottrina più comune in tema di pesca si può riassumere in una regola ed in quattro eccezioni. La regola è che i pesci si considerino come accessorii dell' acqua in cui sono natanti: e perciò la pesca nelle acque pubbliche sia libera ai popolani appunto perchè della cosa pubblica tutti possono usare; e che nelle acque private sia libera al proprietario, e commetta furto ogni altro che ve la esercita. Le quattro eccezioni derivano:

1.° Dai principii di *giure pubblico:* quando uno stato elevi a regalìa ancbe la pesca. Ciò è assai raro nelle regioni occidentali di Europa; ma dove avvenga, la pesca illecita costituirà un vero e proprio delitto contro *la regalia:* Costituzione di Federigo *feudorum lib. 2, const. 50* — Fritscbio *jus fluviaticum pars 3.* Il fondamento della regalìa nella pesca quando si limiti alle acque pubblicbe si trova in un gius di accessione, adducendone in generale i regalisti come ragione che essendo dello stato l' acqua, sono dello stato ancora i pesci cbe vi stanno: Mor *de jure venandi aucupandi et piscandi pars 1, cap. 5, n. 15, et cap. 7.*

2.° Dai principii di *giure civile:* quando in un' acqua anche pubblica e libera a tutti per l' uso, un privato abbia

teso *le arti* (come reti, nasse, ami, o simili) tollerate dalle consuetudini locali. Allora il pesce fermato in quelle arti si considera come *preoccupato longa manu* dal tenditore, e così passato nel dominio di lui. Laonde chi sottragga il pesce incolto in quelle si rende colpevole di vero e proprio furto: Leyser *meditationes ad pandectas spec.* 503, *medit.* 3; §. 12 *instit. de rer divis.* — Modestino Pistor *Consilia vol.* 1, *cons.* 19 — Schurff *cons.* 18.

3.° Dai principii di *giure amministrativo:* quando i capi del municipio nello interesse dello erario comunale abbiano della pesca in un' acqua pubblica costituito un appalto. Allora il proventuale diviene proprietario del pesce natante in quel corso di acqua come se fosse privato. E chi lo sottragga si fa reo di furto a danno dello accollatario. Questa ipotesi da molti si confuse con la vera e propria regalìa (Neureuter *de justo et injusto regalium usu cap.* 1, §. 4, 5, 8; del *Thesaurus dissertationum* dello Hartleben *dissert.* 6, *vol.* 1, *pars* 1) ne è ben diverso il principio e non può dirsi tale caso una *vera* regalìa tranne che *impropriamente*. La vera regalìa si ha quando il principe asserisce a sè l' esclusivo diritto di caccia e di pesca per suo particolare lucro o piacere: allora si spogliano affatto i cittadini di ogni partecipazione in quell' uso. Quando al contrario l' amministrazione pubblica fa un provento alienabile della pesca in un dato fiume pubblico, il benefizio ne ritorna sempre ai comunisti; e soltanto può dirsi un modo di trar profitto della cosa pubblica regolato dalla amministrazione, senza invertire il principio della proprietà, mutata soltanto la forma del godimento.

4.° Dai principii di *economia sociale:* quando pel fine di proteggere la conservazione e propagazione della specie un governo abbia dettato provvedimenti limitativi dello esercizio della pesca. In ciò si distingue principalmente la Francia. Già sappiamo che in tema di regolamenti restrittivi dell' attività individuale la Francia va innanzi a tutte le genti; onde si avvera il proverbio inglese che i francesi sono quelli che più declamano sulla libertà e che meno conoscono cosa sia li-

bertà. In materia di pesca sono colà infinite le prescrizioni sul *tempo* ed ore in cui deve esercitarsi, secondo le buone regole di ittiologia per non disturbare gli amori dei pesci; e sul modo dello esercizio, misurandosi il diametro delle maglie *asciutte*, la forma e dimensione, e persino il numero degli ami appesi ad un filo: disposizioni per le quali menano oggi lamento i pescatori nizzardi non avvezzi alla libertà francese; le quali peraltro hanno dei precedenti anche in altre antiche legislazioni, come (a modo di esempio) la Danese: Weghorst *jus danicum Christiani V*, *lib* 5, *cop.* 10, *art.* 45. Chi violi tali precetti non può dichiararsi colpevole che di una *trosgressione*. Ma senza correre a tali estremi vi è un modo di pescagione che deve essere vietato dalla legge, ed è quello eseguito mercè lo avvelenamento delle acque, il quale può dirsi meglio che una pesca un saccheggio; e che non solo è micidiale alla specie, ma è pernicioso ancora agli animali ed agli uomini che si abbeverino a quell' acqua. Siffatto modo costituisce un vero e proprio *delitto*, così per il dolo che lo accompagna, quanto perchè se ne estrinseca una effettiva lesione del diritto del proprietario se l' acqua è privata, e del diritto che hanno tutti i cittadini se l' acqua è pubblica di usarne senza tema ai bisogni loro. Anche in tema di caccia molti regolamenti s' inspirano a questa considerazione della conservazione della specie, ed a tal fine sono dirette prescrizioni senza numero relative ai tempi, ai luoghi di caccia ed agli ordigni ed arnesi coi quali o la caccia o lo aucupio si vengono esercitando; se ne può vedere un saggio in Morin *art.* 8495, *et art.* 8715; ma questa è materia di trasgressione di polizia più che di delitti. Le violazioni di siffatte misure conservatrici della specie portano generalmente secoloro come pena accessoria la privazione della licenza di caccia; sulla quale è singolarissima ed elegante la questione che solleva Morin (*art.* 8350) ad occasione del giudicato del Tribunale correzionale di Nogent sur Seine, del 5 novembre 1866.

(2) La equità fa limitazione a queste regole nel caso di uccisione di animali *dannosi: Feudorum, lib.* 2, *cap.* 27 — Perez *in codicem ad tit. de venatione ferarum n.* 14. Anche gli animali domestici si uccidono impunemente sul fondo nostro quando vengano a danneggiarlo, purchè si mostri di non avere agito per animo di lucro, col non impossessarsi dell' animale morto: in tale ipotesi mancando il fine di lucro ed il fine d' ingiuria, e subentrando invece il fine legittimo della difesa della proprietà, esula ogni elemento d' imputazione. Ed anche sul fondo altrui si può eliminare la criminosità sì per una veduta di pubblico bene sì per la deficienza di ogni malvagia intenzione, quando si sono distrutti animali nocivi: vedasi Morin *art.* 8126, *et* 8193.

§. 2439.

Pare impossibile a credersi che contro il delitto di caccia siasi comminata la pena capitale; e pure è così. E quasi parve allo Stuck (*Exercitationes Justinianeae pars 1, decad. 4, thes. 8, lit. d)* di cedere a un generoso slancio di umanità quando si arrisicò a dire che la pena capitale parevagli *alquanto dura* per questo reato. Chantagrel (*Manuel de droit criminel pag. 9*) ricorda un editto di Enrico IV (Principe che a noi si decanta come segnalato per mitezza di animo) il quale puniva di morte i delitti di caccia, e condannava anche i cani che si erano adoperati in quella al taglio delle gambe. E molti assunsero sul serio la questione se possa condannarsi a morte il trasgressore ai divieti di caccia: Fachineo *controversiarum lib. 1, cap. 1* — Gail *observationum lib. 2, observ. 68, n. 10* — Schneidewino (*alias* Oinotomus) *ad* §. *ferae Inst. de rer. divis. n. 10* — Harp-

precht *ad d. l. n. 256* — Bohemero *ad* Carpzovium *pract. quaest. pars 2, quaest. 84, n. 60 et seqq.* — Bachovio *ad* Treutlerum *vol. 2, disp. 20, thes. 3, lit. A in fin.* Oggidì sia che la caccia tengasi come semplice trasgressione, sia che per certe sue condizioni si elevi a delitto, la penalità inflitta non eccede mai la prigione, spesso si limita ad una semplice multa (1).

(1) Nella eruditissima dissertazione di Arturo Demarsy inserita nella *Revue Historique vol.* 13, *pag.* 321, intitolata *Du vol et de sa repression d' après les lois Germaines*, dove trovasi svolto tutto l' ordinamento penale delle leggi Salica, Ripuaria, Borgognona, Turingense, Sassona, Bavarese, Longobarda, Alemanna, Frisica, e Visigota in materia di furto, s' incontra a *pag.* 335 la indicazione speciale dei delitti di caccia presso quei popoli, e se ne rileva la cura singolare dedicata da quei legislatori a certe questioni relative alla caccia che affatto si trascurano dai legisti moderni. E più largamente Goltz nella dissertazione *da damno ferino ejusque restitutione, Berolino* 1859.

Titolo IV.

Deviazione d' acqua.

§. 2440.

Le deviazioni di un torrente che abbiano per fine la inondazione verranno da noi descritte sotto il titolo di *guasto di argini*, e costituiranno (§. 3111) delitto di ben' altra importanza. Qui trattasi soltanto di quella diversione di acque che facciasi per *fine di lucro*, cioè o per irrigare i terreni o per muovere

un opificio, o per qualunque altro vantaggio che voglia procacciarsi con l' acqua fluente.

§. 2441.

La parola *divertire* significa *cambiare* in tutto od in parte il *corso* di un'acqua naturalmente fluente. Io non potrei dunque soscrivermi alla opinione del Puccioni (*vol. 5, pag. 277*) che insegnò nel delitto di *diversione* incorrere anche chi prenda l' acqua *a secchie*. Io non credo che questa dottrina sia accettabile nè a diritto costituito, nè a diritto costituendo. Non a diritto costituito, perchè usando il codice Toscano (art. 422, 423) il verbo *divertire* non sarebbe un interpetrare la legge, ma un estenderla *da caso a caso*, applicare il divieto a chi prenda un miserabile secchio d' acqua dal torrente che continua nel suo letto tranquillamente il proprio corso. Non a diritto costituendo, perchè qualora in una data località ed in certe condizioni eccezionali come in tempo di siccità od in tempo di assedio, l' acqua (a modo di esempio) di una cisterna avesse un *valore venale*, oppure lo avesse per certe sue proprietà medicinali, o per certe potenze chimiche, avremmo allora benissimo il titolo di *furto*. Ma tranne simili casi sarebbe una barbara invidia perseguitare criminalmente chi si dissetò ad una fonte fosse pure privata. Applicata poi (come in faccia al codice nostro vorrebbe applicarsi) codesta dottrina che si diverta il torrente col prenderne un secchio d' acqua, si andrebbe a ritroso del principio di giure pubblico che della proprietà pubblica consente liberamente l'uso purchè non tolgasi dalla sua destinazione.

§. 2442.

Io credo dunque che questo delitto abbia per suo *criterio* essenziale la *diversione;* cioè la deviazione dell' acqua dal suo corso ordinario, senza che ne sia estremo necessario il danno effettivamente recato, o l' utile effettivamente ottenuto. Non è già che io ritenga questo delitto come formale. Lo evento violatore del diritto è comparso tostochè l' acqua è divertita dal suo letto, anche prima che essa sia giunta al campo dove indebitamente si voleva condurre.

§. 2443.

I criterii misuratori di questo delitto si desumono da due distinte considerazioni — 1.° Dalle *condizioni giuridiche* dell' acqua divertita — 2.° Dal *concorso o no di un diritto* in chi la diverte.

§. 2444.

1.° Minore è la quantità naturale di questo reato se l' acqua è *privata,* maggiore se *pubblica* (1) perchè in questo secondo caso vi è la lesione di un *diritto universale,* del diritto cioè che tutti i cittadini hanno sulle pubbliche acque. Cosicchè il reato assume in questo caso i caratteri di delitto sociale, come tutti gli altri che cadono sopra cose di pubblica spettanza. Ciò deve non solo influire sull' aumento della penalità, ma anche sull' azione; poichè se nell' altro caso la persecuzione del delitto può lasciarsi in balia del privato offeso; in questo caso

non è il privato ma il pubblico accusatore, il vindice libero della delinquenza.

(1) La distinzione che comunemente incontrano le acque fluenti in *rivi, torrenti*, e *fiumi*, è una distinzione che può dirsi *naturale*. Siffatta delimitazione dipende da criterii che devono essere definiti dai maestri di altre scienze, se loro riesce. Ma quando tale divisione assumesse criterii *giuridici* dovrebbe definirsi dalla legge positiva. La divisione fra corsi di acqua *navigabili* o *galleggiabili* (vedi sopra nota 2 a §. 2225) e corsi di acqua non *navigabili*, nè *galleggiabili*, è pur essa dipendente da condizioni che hanno origine dalla *natura* loro combinata però con la *destinazione* ricevuta dagli uomini; ed è facilissima a costatarsi come cosa di *fatto*. Più ardua è la distinzione fra acque *pubbliche* e *private*. La storia ricorda gravissime questioni e scissure insorte dipendentemente dal dominio delle acque correnti. Minore era lo interesse di ciò appo i romani che non ancora costumavano valersi dell' acqua come forza motrice. Ma introdotto questo uso i baroni ed i feudatari nel medio evo preoccuparono le acque correnti per giovarsene ai molini che a gara vennero costruendo. Poscia vantando per cotesto fatto un gius di preoccupazione sull' acqua asserirono il dominio sullo intero corso. Con ciò vennero a lotta non solo con i proprietarii dei terreni traversati dall' acqua che la sostenevano nel dominio *privato*, ma ben anco con i sovrani che la sostenevano dominio regio; e per questo lato la contesa dovette in Francia ed altrove definirsi con la forza delle armi: vedasi Henry *oeuvres vol.* 2, *liv.* 3, *quaest.* 49, *pag.* 19 — Heringio *de molendinis quaest.* 16, *n.* 23 *et seqq.* — Championnière *eaux courantes* §. 376 *et suiv.* — Bacquêt *oeuvres tom.* 1, *pag.* 440 — Brillon *dictionnaire des arrêts, mot fleuves*. Ora per l' argomento che qui ci trattiene non interessa immergerci nelle astruse questioni relative alle controversie che possono nascere fra i comuni e il dominio regio intorno la proprietà di un corso d' acqua, e che il

nostro codice civile tentò dirimere con l' art. 427. Non credo possa controvertersi che ai fini penali del reato di diversione d' acqua si debba ritenere come *pubblica* tanto l' acqua che appartiene alla *corona* quanto quella che appartiene ad un *comune*. Ma rimane però sempre la difficoltà nel definire i criterii che separano l'acqua dello *Stato*, del *municipio*, dall' acqua *privata*. Se questo limite si dovesse stabilire a rigore di principii non crederei tanto facile la soluzione del problema. Non è buono il criterio dello scaricarsi in un fiume pubblico, perchè tutte le acque (non escluse le piccole fonti dei privati) vanno a scaricarsi nei fiumi; nel modo stesso che tutte le strade conducono alla chiesa, ed è criterio falso quello di chi disse essere comunali le vie che menano alla chiesa. Neppure è sicuro criterio quello desunto dalle spese di restauro degli argini, perchè sovente si mantengono a spese private anche i ripari di acque indubitatamente comunali. Lasciando pertanto agli eruditi queste sottili ricerche dirò che per lo scopo presente lo spirito della distinzione conduce a definirla col solo fatto dell' *uso*. Sarà *pubblica* ai fini del reato di diversione ogni acqua della quale si valgono tutti indistintamente i comunisti: sarà *privato* quel corso di acqua di cui si valgono soltanto alcune *determinate* famiglie, o per titolo di condominio o per titolo di servitù. E notisi che dico alcune determinate famiglie; perchè non è il *numero* degli utenti quello che attribuisce la qualità di pubblico al corso di acqua, ma la qualità o titolo da cui nasce il diritto di usarne. Quando se ne usa per la qualità di *abitante* in un comune e non per ragioni particolari alla famiglia, l' acqua divertita sarà pubblica. Pare a me che questo sia l' unico criterio con cui debba applicarsi la penalità ai diversi casi d' illecita diversione. Cosicchè distinguendo la legge l' *uso illecito* dall' *abuso illecito*, ne consegue che ogni comunista avendo come tale un diritto sull' acqua pubblica benchè limitato, quando avvenga che la volga tutta a suo pro in danno degli altri suoi pari non possa punirsi che con la

pena dimidiata; e la pena ordinaria debba applicarsi soltanto a colui che è estraneo al comune; e così destituito di ogni diritto di usare di quell' acqua abbia ardito deviarla a suo vantaggio.

§. 2445.

2.° Minore è la quantità politica di questo reato se il colpevole aveva dei *diritti* sull' acqua o pubblica o privata. Quando colui che la diverti senza opposizione abbia in buona fede creduto di esercitare il suo diritto, codesta buona fede esclude ogni dolo, ed ogni criminosità dal suo operato. Ma se agì maliziosamente ed ebbe la coscienza di usurpare almeno in parte l' altrui, rimane senza dubbio la criminosità del fatto per codesta coscienza e per codesto fine. Ma il reato in colui che aveva pure un qualche diritto parziale sull' acqua consiste allora in un semplice *abuso,* e deve più mitemente punirsi. Ad entrambo questi criterii obbedisce il codice Toscano; che all' art. 422 punisce con multa di mille lire ed anco col carcere nei casi più gravi la deviazione di acqua *pubblica* commessa da chi non vi aveva *nessun diritto:* riduce alla metà queste pene all' art. 423 se trattasi di *abuso* commesso da chi aveva *un diritto* sull' acqua: e all' art. 424 dimidia una seconda volta le pene se il reato cadde sopra acqua di proprietà privata.

§. 2446.

Qui è da notarsi che la qualità di *pubblica* vuol essere cercata nell' *acqua,* e non nel *fondo* sul quale essa scaturisce o trascorre. Può il fondo essere pri-

vato, e l'acqua essere pubblica perchè destinata al pubblico servigio. Può il fondo essere dello stato o di qualche pubblica amministrazione, e l'acqua considerarsi come privata.

CAPITOLO X.

DIVISIONE SECONDA

Delitti contro la proprietà privata che si commettono per fine di vendetta.

§. 2447.

La idea di una offesa recata alla proprietà altrui senza scopo di *arricchire sè stesso,* ma al solo intento di *nuocere ad altri,* e con ciò sfogare un odio contro la persona del proprietario e procurarsi una vendetta, si estrinseca naturalmente in quel titolo di reato che tutti i criminalisti chiamarono *danno dato per ingiuria.* Questa forma di maleficio può includere una estesa categoria di reati gravissimi; e può ridursi ai minimi termini di fatti rari e per lo più di leggiera importanza. Ciò dipende dal modo d'intendere la classazione dei delitti. Se ci fermiamo alla contemplazione dello *effetto materiale* (proprietà altrui danneggiata) e del *fine* dello agente (scopo di nuocere senza immediato utile proprio ad una persona o ad una classe di persone) la serie che abbiamo ora dinnanzi comprende tutti i fatti che presentino quei due caratteri qualunque sia il modo

la forma e le circostanze con le quali vennero eseguiti. In questo punto di vista l'*incendio* (1) la *inondazione*, la *sommersione*, la *mina*, il *falso faro*, e il *danneggiamento di strade ferrate*, cadrebbero nella presente serie. Ma il sistema di classazione proposto da Carmignani, al quale noi strettamente aderiamo, insegna che i *mezzi* adoperati dallo agente e le condizioni da lui date allo sfogo della propria passione possono far trapassare il reato in una classe diversa da quella che additerebbe il fine speciale dello agente quando per cagione dei medesimi si rèchi offesa ad un diritto poziore; e più specialmente quando sebbene il fine dello agente tenda ad un *danno particolare*, quei modi o quelle condizioni aggrediscono un *diritto universale*. Su tale concetto si adagia quella che dicesi *teorica* della prevalenza, che io stimo la sola con cui si possa comporre la classazione dei reati ad un metodo razionale e costante. L' *oggetto giuridico* del delitto è il diritto leso e la legge che lo protegge. Ma il colpevole che tende a ledere il diritto di un individuo o di una famiglia privata, può adoperare mezzi coi quali immediatamente si offenda tal cosa a cui hanno interesse comune e comune diritto tutti i consociati. Ecco il *mezzo* che prevale sul *fine* nella sua giuridica essenza. Il colpevole aveva per *fine* di violare il diritto di un individuo, ma ha scelto un *mezzo* col quale direttamente viola il diritto di tutti; e questo mezzo da lui voluto lo rende responsabile di un delitto sociale. Volli arricchirmi in danno altrui vincendo la lite, o vendicarmi di un nemico (fine di danno particolare) ma per giungere a quel fine io scelsi la corruzione del giudice o la calun-

nia e con questo mezzo da me scelto offesi la pubblica giustizia, che è l'obietto di un diritto universale perchè tutti i cittadini hanno interesse e diritto che serbisi intemerata. Il mezzo prevale sul fine ed il reato di calunnia e di corruzione trova la sua congrua sede fra i delitti sociali contro la pubblica giustizia. Senza ciò bisognerebbe obbedire alla censura di Lucas che recisamente negò esservi delitti meramente *politici* (o *sociali*) perchè chi delinque non ha mai per suo fine di muover guerra alla società civile o a tutti i cittadini, neppure quando agogna mutare la forma del pubblico reggimento.

(1) A mostrare la verità del nostro concetto basta una sola osservazione. Tutte le legislazioni puniscono a buona ragione anche lo incendio appiccato da noi a edifizi di nostra proprietà. Se il danno dato con incendio avesse il suo costitutivo nella proprietà particolare danneggiata, e il suo oggettivo giuridico nel mero giure di proprietà, sarebbe impossibile punire come delitto lo incendio che fa il padrone della cosa sua; la deviazione che faccia il privato di un torrente di sua privata spettanza; i guasti delle ferrovie che si facessero dai padroni di quelle. La cosa è evidente. Tutte queste forme di reato pur si puniscono non per proteggere un diritto particolare: ma perchè quei *modi* esponendo a pericolo la proprietà e la salute di un numero indeterminato di cittadini, se ne turba immediatamente la quiete pubblica che è l'oggettivo di un diritto universale.

§. 2448.

Applicando questo sistema al danno dato, il Carmignani osservò che vi erano certe forme e modi di danneggiare lo altrui le quali per loro natura

immediatamente offendevano tutti i cittadini; o perchè tutti si ponessero per loro a pericolo imminente, e così stasse in quelle un danno potenziale universale, o perchè si turbasse immediatamente la quiete di tutti: laonde, ravvisando in tali forme criminose un attacco alla pubblica tranquillità, pose tali reati in quella classe dei politici indiretti che ha per obietto appunto la tranquillità pubblica. Fedeli alle orme del nostro maestro e convinti della verità della sua dottrina noi dunque collocheremo fra i *delitti sociali* contro la pubblica tranquillità quei *danni dati* che pongono a pericolo un numero indefinito di cittadini: e così a quella sede noi tratteremo dello *incendio,* della *mina,* del *guasto d'argini,* del *danneggiamento di strade ferrate,* ed altri simili malefizi che quantunque possano essere dallo agente indirizzati al nocumento di pochi determinati individui pure aggrediscono direttamente la sicurezza della intera città.

§. 2449.

Al presente luogo pertanto non rimane ad esporre che il caso semplice del *danno dato con ingiuria:* la cui nozione viene a costruirsi su questi due concetti — 1.° che il danno dell' altrui proprietà sia *fine a sè stesso;* poichè altrimenti non sarebbe che una qualifica di altro reato — 2.° che non sia commesso con mezzi pei quali degeneri in più gravi malefizi. Questi due criterii di eliminazione sono quelli che definiscono il presente titolo. Il *danno* che a questo luogo esprime non qualsisia nocumento ma soltanto ogni *distruzione* o *degradazione* della proprietà rea-

le, occorre sia stato *fine a sè stesso.* Se avvenne per fine di lucro sarà mezzo al furto, potrà qualificarlo, ma non esimerlo da questo titolo; e fu una benefica ma sofistica distinzione quella che nell' antica pratica fece del *danno dato con asportazione* un titolo diverso dal furto, e del *danno dato con resistenza* un titolo distinto dal furto violento. Bisogna inoltre che non trascenda in un reato più grave, sia per i modi come ho detto testè, sia per la natura della cosa danneggiata (1).

(1) Distinto dal *danno dato* nel concetto scientifico è il delitto che le leggi francesi denominano *bris de cloture*, e che l' art. 456 di quel codice punisce col carcere da un mese ad un anno come analogo alla remozione dei termini ed identico a questo nel fine del colpevole. Ciò è manifesto dal giudicato della Cassazione di Francia del 9 gennajo 1868 (Morin *art.* 8653) che stabilì non essere elemento del reato di *bris de cloture* la intenzione di nuocere. Anche in questo vi è il *danno dato*, ma è assorbito dal fine di distruggere una linea di conterminazione, il quale ne muta la specie.

§. 2450.

Il *danno dato* è un delitto barbaro perchè si distrugge una cosa utile senza nessun proprio vantaggio. Questo pensiero condusse il Nani e il Filangeri ad opinare che il danno dato per ingiuria si dovesse punire più del furto (1). Ma in siffatta opinione prepondera la considerazione morale sopra la considerazione politica. Laonde la comune dei dottori ritiene come meno pericoloso politicamente il danno dato del furto, prescindendo da ogni riguardo verso la relativa bruttura morale;

appunto per il nissuno allettamento di utilità che spinge a commetterlo. Perciò viene punito con lieve carcere e considerato per regola come delitto di azione privata (2), la quale azione spetta al proprietario della cosa danneggiata.

(1) Carrard *(de la jurisprudence criminelle vol. 2. pag.* 79) osservò che il *furto* era anche meno dannoso alla società del *danno dato*, per la ragione che la cosa rubata rimane circolante in commercio mentre la cosa distrutta è un valore sottratto alla somma delle proprietà e delle cose utili ad una consociazione. Questo pensiero io lo udii riprodotto da certi uomini politici, i quali opinarono doversi il furto reprimere soltanto per impedire le vendette private; ma tranne ciò essere indifferente alla società che la cosa sia in mano di Tizio o in mano di Cajo. Non mi sottoscrivo peraltro a siffatto pensiero perchè, l' autorità sociale ha la sua ragione di essere non nello scopo di tutelare sè stessa, ma nello scopo di proteggere tutti i diritti dei cittadini e così anche il diritto di proprietà.

(2) La querela per danno dato che non si eserciti dal proprietario del fondo danneggiato può benissimo esercitarsi dal creditore ipotecario che abbia iscrizione sul fondo medesimo: Morin *n.* 8228.

§. 2451.

Ma diviene delitto di *azione pubblica* tutte le volte che qualche circostanza ne aumenta la *politica quantità*. Ciò dipende dalla concomitanza di alcune circostanze che lo *qualifica* non nella intrinseca sua gravità, ma nel rapporto puramente politico del maggiore *allarme*, o di un interesse *universale diretto*. Laonde assumono il carattere di *criterii misuratori* della quantità *politica* di cotesto

malefizio, il *soggetto passivo,* la *causa,* i *mezzi,* le *persone.* Più particolarmente si aumenta la quantità politica del danno dato in ragione del *soggetto passivo* se cade su cose di pubblica spettanza che però non lo facciano degenerare in un diverso titolo (1): in ragione della *causa* se fu commesso per vendetta di *un atto pubblico:* in ragione del *mezzo* se fu eseguito mediante scasso, scalamento o falsa chiave, o se i danneggiatori erano muniti di *armi:* in ragione delle *persone* se fu commesso da più di due individui riuniti a codesto fine. Tranne queste speciali accidentalità, il *danno dato* subisce il criterio misuratore della sua quantità *naturale:* cioè della importanza e valore della cosa danneggiata.

(1) Gli antichi non tolsero il danno dato dalla sua classe ordinaria perchè cadesse sopra cose di proprietà pubblica; e nemmeno perchè cadesse sopra oggetti di pubblico ornato o sopra pubblici monumenti: *leg.* **2**, *ff. ne quid in loco publico facias* — Puccioni *saggio pag.* **569.** I moderni codici hanno talvolta segregato codesti fatti dal titolo di *danno dato;* e creando una classe di reati sociali che ora dicono delitti contro la proprietà pubblica, ora delitti contro pubblici monumenti, hanno collocato la previsione di tali guasti in simile classe, o come delitti o come contravvenzioni. Io non impugno a tutto rigore di logica cotesta distribuzione: ma attesa la parvità di materia non stimo opportuno di aggiungere nella esposizione dei delitti sociali una classe apposita, poichè il *peculato* mi viene acconcio nella classe dei reati contro la *pubblica fede,* e questo titolo abbraccia tutti i nocumenti che alla proprietà pubblica si arrechino per fine di lucro. Qual sia il concetto del reato speciale di *guasto di monumenti* che il codice Francese contempla all'art. **257** può vedersi in Blanche *Quatrième étude pag.* **265.**

§. 2452.

Ciò che può considerarsi come una nuovità della scienza moderna, ridotta a precetto legislativo dal codice Toscano (1), si è la estensione del titolo di danno dato anche al guasto doloso di oggetti *mobili*. I criminalisti avevano in generale ristretto la nozione del *danno dato* ai soli guasti arrecati agl'*immobili*. Sia che considerassero i mobili come di minore importanza, sia che si considerasse che il proprietario può vigilare e custodire personalmente il suo mobiliare, quasi tutti gl'istitutisti posero il *danno dato* nella classe dei delitti *contro gl' immobili*. Il codice penale Toscano (art. 448) non distingue in modo alcuno nè in quanto alla nozione nè in quanto alla pena tra danno d'immobile e danno di mobile; e tutto riduce alla intenzione di sfogare odio, e nuocere ad altri anzichè di procacciarsi un lucro per ciò che attiene alla *nozione*, ed al valore maggiore o minore della cosa danneggiata per ciò che attiene al *criterio misuratore*.

(1) In ciò il codice Toscano era stato precorso in qualche occasione dalle nostre osservanze giudiciali. In tema di *semoventi* (animali domestici uccisi) si era considerato che il danno della uccisione meritava di essere represso con sanzioni *penali;* e che il titolo d'ingiuria (delitto contro l'onore) sarebbesi erroneamente applicato; laonde non esitarono ad adattarvi il titolo di danno dato. In questo senso trovo nella raccolta inedita del Cateliacci alla parola *danno dato* una sentenza della Ruota Fiorentina del 20 luglio 1820 in affare di Fivizzano contro Raffaello Bartolini, che applicò la pena del carcere contro il reo convinto di avere ucciso

un cane altrui per animo di vendetta, applicandovi il titolo di *danno dato a fine d' ingiuria:* vedasi pure Cerretelli *repertorio, danno dato, n.* 19. Fra i teorici la estensione del titolo di danno dato anche al guasto di mobili si insegnò dall' Alfano *de jure crimin. tom.* 2, *pag.* 607. In proposito del danno dato mediante uccisione di semoventi cioè di animali domestici di proprietà privata, è però da notarsi la escusante speciale che milita in questa forma di danno a favore del proprietario di un fondo che uccida gli animali altrui colà introdottisi a guastare i raccolti pendenti: purchè tale uccisione non si faccia per animo di furto, essa è legittimata dalla difesa della proprietà. Di questo vero ha dato recentemente un solenne esempio la Corte di Cassazione di Francia (Morin *art.* 8783) quando col decreto del 7 maggio 1868 riconobbe la incolpabilità di una donna che spargendo sostanze avvelenate nel suo orto aveva fatto perire i pollami della sua vicina che colà s' introducevano a far guasti. Si comprende di facile la differenza che passa fra gli *offendicula* tesi agli uomini dei quali altrove (§. 2225 nota 1.) ho parlato e gli *offendicula* tesi agli animali. Là sorgeva il conflitto fra proprietà e vita umana; qui sorge il conflitto fra proprietà e proprietà. Del resto non è dubbio che la teorica del moderame ritrovi la sua congrua applicabilità anche in faccia alle accuse di danno dato; e di ciò abbiamo argomento nelle leggi: *l.* 3, §. 7, *ff. de incendio*; *l.* 49, *ff. ad leg. Aquil.: l.* 14, *ff. de praescriptis verbis ; l.* 29, §. 3, *ff. ad leg. Aquil.; l.* 7, §. 4, *ff. quod vi aut. clam.* La eccezione della *difesa del proprio* contro l' accusa di danno dato ha un' applicazione speciale quando io non tagli la pianta del vicino, ma ne recida soltanto i rami che si protendono sopra il mio terreno: questione esaminata da Hubero *observationes casuum forensium observ.* 85.

§. 2453.

Essendo criterio essenziale di questo delitto l'animo di fare ingiuria, io penso che non debba ammettersi fra le azioni perseguitabili criminalmente il *danno dato colposo;* come non può ammettersi in generale la imputabilità del fatto colposo in tutti i reati che esigono come condizione essenziale una speciale proeresi diretta al soddisfacimento di una determinata passione. Ma più specialmente nei delitti che hanno per loro oggetto soltanto il diritto di proprietà, la imputabilità politica della colpa non si può ammettere (tranne il caso di *mezzi* lesivi per loro stessi di altri diritti) poichè bastano le riparazioni civili a provvedere alla sicurezza privata; nè la opinione della sicurezza si commuove nel pubblico per codeste lesioni del diritto quando procedono da mera imprudenza.

§. 2454.

Speciale in questo reato si è che mentre il titolo di furto s' *impropria* ogni qualvolta il colpevole era già nel *possesso* della cosa rubata; nel *danno dato per ingiuria* questa circostanza niente modifica il titolo del reato, nè vale a mitigare la pena come bene fu osservato dal Claro. Così se il mio colono o l'enfiteuta con animo di esercitare una vendetta contro di me recidano per farmi dispetto piante vive fruttifere nel fondo mio da loro tenuto a colonia o ad enfiteusi, sono responsabili di danno dato per ingiuria, nel modo stesso che lo sarebbe qua-

lunque estraneo. Questa regola universalmente insegnata nel giure comune, procede senza dubbio anche in faccia ai codici contemporanei che non offrano espressa limitazione. Infatti lo estremo di questo reato è che la cosa sia *altrui;* e il suo elemento materiale non è la *contrettazione,* ma il *danneggiamento:* il suo elemento intenzionale non è il *lucro* ma la *vendetta.* E questi estremi non si modificano per la detenzione. Anche un inquilino che per vendetta del ricevuto congedo prima di lasciare la casa ne spezzi usci e finestre (1) incorrerà nella pena ordinaria nel danno dato. Ma se al contrario (come talvolta vidi) il proprietario stesso scoverchi il tetto della casa sua o ne franga gli usci per ottenere senza spese giudiciali che l' inquilino se ne allontani, ei non potrà punirsi per danno dato perchè agi sulla cosa propria, quantunque in possesso altrui; ma soltanto potrà imputarsi per *ragion fattasi.*

(1) È notevole che nella pratica il fatto di spezzare le finestre alle case altrui talvolta si qualificò come *ingiuria:* Hertius *Decisiones vol.* **2,** *decis.* **887.** Ma questo è un errore che non potrebbe riprodursi oggi poichè il titolo d'*ingiuria* propriamente detta tragge lo esser suo dall' obiettivo dell'*onore* aggredito. Che se in chi danneggia la cosa altrui può trovarsi anche l'animo di avvilire il nemico, come lo si trova anche in chi lo ferisca o in chi lo bastoni, tale comitanza non può prevalere al fine principale e diretto che è quello di guastare la cosa altrui, di recare un danno al patrimonio od alla persona, e simili. In oggi l'antica formula *danno dato con ingiuria,* che pur si conserva nelle scuole e nel foro bisogna prenderla in senso *improprio;* cioè nel senso lato della parola ingiuria che (§. 1708) designa *quidquid non jure fit.*

§. 2455.

Ella è pure una considerazione generale che investe tutti i delitti contro la proprietà, e più specialmente quelli tra loro che non siano accompagnati da circostanze odiose, che la riparazione spontanea del danno o la restituzione spontanea del tolto, quando precedettero qualunque giudiciaria investigazione, si valutino come circostanze atte a *diminuire la pena.* Non può dirsi che con ciò si modifichi la quantità politica del maleflzio, la quale per i fatti posteriori non può rendersi diversa da quello che era al momento della consumazione. Non può dirsi che se ne modifichi la *imputazione,* la quale deve sempre proporzionarsi al delitto col quale nacque. Ma in codesta spontanea riparazione può trovarsi una cagione speciale, non *giuridica* ma *politica,* di diminuire la pena nei delitti contro la proprietà per la veduta di facilitare al privato offeso il recupero del bene perduto: e perchè il fine della pena per codesto fatto posteriore viene in gran parte a mancare. Non può essere di mal esempio il fatto susseguito da codesta spontanea riparazione, perchè nessuno può trovar convenienza a rubare per restituire, o a danneggiare l'altrui proprietà per poi indennizzare il leso, quantunque egli sappia d'incorrere una pena minore. Non può non diminuire grandemente l'apprensione dei buoni quando prevedano la ripetizione di un fatto criminoso susseguito da simile resipiscenza. Ma perchè codesta regola non divenga pericolosa bisogna che la riparazione del colpevole anche nel danno dato con

ingiuria sia *spontanea;* e per presumerla tale è necessità che preceda qualunque giudiciaria investigazione anche sull' ingenere del malefizio. Altrimenti si risica di esporre la giustizia ad esser derisa da un astuto delinquente il quale giuochi la carta di un falso pentimento quando si vegga il pericolo di essere scoperto.

§. 2456.

Quasi tutti i codici moderni hanno qua e là con provvedimenti speciali spiegato giustamente una tutela più energica avverso i danni vandalici caduti su monumenti, ed oggetti di pubblico ornato. Ma saviamente osservava Haeberlin (*speculorum saxonici et suevici jus criminale pag. 73*) che provvedimenti speciali contro simiglianti pericoli desidera pure l' agricoltura; la quale in molte regioni è il più splendido fonte della privata ricchezza e della pubblica prosperità. Ciò che vi ha di speciale nei danni che offendono l' agricoltura è spessissimo la loro *irreparabilità* immediata: circostanza raramente avvertita dai legislatori (1). Chi mi ha atterrato un muro o macchiato la veste mi ha recato il danno rappresentato dalla opera occorrente a procacciarmi di nuovo quella veste o a ricostruire quel muro. Ma allo indimani io posso restituire nel mio patrimonio e nel mio godimento gli oggetti toltimi dalla invidia altrui. Non è sempre così in materia di arti: e non lo è in materia di alberi; i quali esigendo lo svolgimento di forze naturali che non sono sotto la mano dell' uomo e che procedono lentamente, non offrono sovente mezzo possibile al pro-

prietario di riacquistare il godimento perduto: ed a lui risultando inadeguato l'indennizzo pecuniario, la malignità dell' emulo rimane sempre trionfatrice e soddisfatta. Il colpevole con questo reato non vuole arricchire sè stesso: vuole soltanto *recar dolore* al suo nemico, e questo *dolore* non sempre ha radice nel solo danno pecuniario, ma più intenso e durevole in certe affezioni dell' animo.

(1) Non mancano peraltro monumenti legislativi che mostrano non essersi nella punizione sempre valutata la differenza del fine fra *danno dato* e *furto*. Così il codice dato da Cristiano V ai due regni di Danimarca e Norvegia nell' anno 1683 al lib. 6, cap. 17, art. 25, prevedendo il caso di chi scortecci una pianta viva non per servirsi della scorza (nel qual tema sarebbe vero furto) ma per farla perire, dispone che contro di lui si proceda con le stesse forme e si applichino le medesime pene che sono stabilite contro i ladri. I legislatori che dettarono pei danni alle piante provvedimenti speciali e più rigorosi di quelli relativi ad altri danni di più pronta e facile reintegrazione, obbedirono forse a quei sentimenti che io qui prendo a contemplare. Ma non sapendo come esprimerli con esattezza giuridica confusero titoli essenzialmente diversi. È un fatto che gli antichi legislatori ebbero più che i moderni riguardo alle condizioni speciali dei danni recati nelle campagne, i quali oltre alle considerazioni che sopra offrono eziandio una maggior gravità nello elemento *politico* per la minore potenza che ha il proprietario a difendere con la privata vigilanza quelle piante abbandonate per necessità alla pubblica fede. Mentre infatti i dottori e le antiche leggi prevedevano e provvedevano sotto un punto di vista generale ai *danni dati per ingiuria*, segnalavano come specialità le recisioni degli alberi. Già nelle pandette erasi inscritto lo speciale ti-

tolo *arborum furtim caesarum;* dove al frammento 2 Caio commentando le XII tavole disse i recisori di alberi fruttiferi *tamquam latrones puniri,* e non bastare il provvedimento della legge Aquilia. Vedasi Wiesand *observationes juris Romani et Saxonici spec.* 5, *obser.* 5 — Schultingio *jurisprudentia ante-Justinianea pag.* 501 — Hommel *dissertatio de furto qualificato non armato pag.* 4 — Panimolle *decisio* 78 — Strykio *disputationum vol.* 9, *disp.* 12, *cap.* 2, §. 1 — *Respons. Tubingens. vol.* 7, *cons.* 28, *n.* 52, *pag.* 313 — Eyben *disputatio de degeneratione rerum juridicarum cap.* 4, §. 8; *in ejus scripta pag.* 467 — Marco *Decisiones Delphinales vol.* 2, *decis.* 154, *n.* 19, *pag.* 138 — Schiltero *praxis romano germanica exercitatio* 49, *n.* 16, *pag.* 133, che lo disse *peculiaris maleficii species* — Leyser *jus georgicum pag.* 439 — Rugincllo *de jure arborum pag.* 207. E sebbene molti scrittori allegati dal Brunnemanno nel commento alla citata *leg.* 2 opinino che il *tamquam latrones* di Cajo non alluda ad una identità di *pena* ma ad una similitudine di *azione criminale* concessa oltre quella della legge Aquilia e delle XII tavole; ciò non muta il fatto di una provvisione speciale pei danni agli alberi, più severa della provvisione generale contro gli altri danni. Fra le leggi barbariche sono a notarsi i provvedimenti speciali relativi ai danni alle piante contenute nella *legge Salica tit.* 8, *l.* 1, *et* 2; *e tit.* 27, *l.* 23, *et* 24. La Carolina dettò per questa specie l'art. 168, ma senza definire la pena la rilasciò alle costumanze dei luoghi: e il Vogel che nel 1779 pubblicava le sue osservazioni sul codice di Carlo V secondo gli usi della Svizzera, avvertì che quando si fosse trattato di taglio di alberi fruttiferi la pena poteva anche estendersi alla galera. E il Kress annotando lo stesso articolo (*pag.* 609) opinò che il danno dato alle piante a fine di vendetta non dovesse mai sottoporsi a pena inferiore a quella del furto. Le leggi sassoni regolavano il criterio della pena proporzionalmente al *numero* delle piante recise: vedasi Colero *decisio* 145 *et* 146. Lo

Statuto Mechlinense puniva la incisione degli alberi con pena pecuniaria: Christineo *leges municipales tit.* 2, *art.* 18. Di vari Statuti della Germania su questo argomento dà ricordo Puffendorff *observationum vol.* 4, *appendix pagina* 793. E come si giungesse in Germania ad irrogare contro i mutilatori degli alberi pene atrocemente severe rilevasi da Boehmero ad Carpzovium *quaest.* 83, *observ.* 1, *n.* 21. Nelle leggi criminali di Carlo IX di Svezia (raccolte e tradotte da Loccenio) al *lib.* 1, *tit.* 14, *cap.* 26, dove il danno dato alle piante puniscesi con la multa, questa si gradua secondochè sia stata recisa la intera pianta, o ne siano stati tagliati soltanto dei rami. Nei tempi di mezzo i legislatori della città d'Italia mostrarono uno speciale interesse a proteggere le campagne dai danneggiatori. In molti Statuti del XV, e del XVI secolo (come in quello di Tolentino, di Macerata, ed altri) fra i cinque o sei libri che ne formano la partizione trovasi, dopo un libro destinato in genere ai malefizi, un libro speciale consacrato a questo argomento — *pertinens ad officium damnorum datorum:* si vedano gli *Annali di Tolosa anno* 1865, *pag.* 287 *e* 290.

§. 2457.

Non potendo seguitare nella pratica i voli arditi del Gioja *(della ingiuria e del danno)* che vorrebbe si desse a tutti gli affetti feriti un calcolo nella valutazione delle indennità sotto il colore di danno morale, riesce difficile condurre la verità di quella osservazione ad una forma pratica sotto il criterio di *riparazione civile.* Il proprietario che aveva di sua mano piantato e per lunghi e lunghi anni coltivato quell'albero che ora ha veduto reciso (1) dal maligno nemico, non ha forse dinanzi a sè la prospettiva di una vita bastevole a riporre colà gli al-

beri desiderati, a vederli crescere a quella condizione cui erano giunti i recisi, a goderne il frutto, le frescure attorno alla sua dimora, e tutti quei piaceri che aveva per tanti anni agognato e con tante fatiche raggiunto. Il suo dolore si rinnuoverà ogni giorno, ed ogni giorno si rinnuoverà la esultanza satanica del suo nemico. Calcolare queste accidentalità nella stima del danno non parrà buono a tutti, e quando lo si faccia, il denaro non varrà a compensare quel dolore; e potrà essere indifferente alla malignità del colpevole lo sborso di una somma rimpetto ,alla barbara soddisfazione che si è procacciato. Non potendo dunque a tutto rigore portare direttamente nel calcolo della pena codesti effetti morali, bisogna indirettamente rendere possibile la valutazione sotto una forma che sia materiale: e questa ci viene offerta dal criterio della *reparabilità*. Trovo pertanto giusto che la quantità naturale del danno dato il quale cada sopra prodotti di *agricoltura* non si valuti unicamente sul meschino valore della pianta recisa come farebbesi in una compra e vendita; ma si abbia dinnanzi anche la *reparabilità,* od *irreparabilità* relativa, desumendo da questa una causa di aggravamento. Stimo poi non potersi fare gran conto, in tema di danni alle piantè, del modo (2) speciale con cui si fecero perire.

(1) In Napoli per la Costituzione *clandestinis* di Carlo I gl' incisori degli alberi si punivano di morte quando il reato fosse commesso in tempo di notte, e nota l'Afflicto (*in costitutiones rubrica* 26, *n.* 4, *vol,* 1, *pag.* 103) che non si distingueva fra alberi *fruttiferi* ed *infruttiferi*. Avverte però al *n.* 5, che siccome la Costituzione dice *qui arbores inci-*

derint, e non dice *arborem*, la pena capitale non si poteva irrogare per il taglio di un solo albero; facendosi forte in simile interpetrazione dell'autorità di Bartolo e di altri. Sembra che per la Costituzione Napoletana si fossero indistintamente voluti punire di morte tutti i reati notturni: ma in quanto ai guasti d'alberi è letterale la disposizione che i loro autori notturni debbano punirsi *tamquam latrones*.

(2) Nuovo riscontro delle sottigliezze romane porge qui Ulpiano alla *l*, 7, §. 2, *ff. arborum furtim caesarum;* dove osservando che le XII tavole parlavano di alberi *recisi* insegna cadere sotto la legge chi parzialmente incida la corteccia dell'albero, perchè anche recidere in parte è sempre recidere: ma non vi cada chi svelga l'albero dalle radici perchè non *ha reciso*. Esempio più strano di giudaica adesione alla lettera della legge non potrebbe immaginarsi. Nella pratica odierna quando una legge parlasse di *taglio di alberi* non crederei che potesse seriamente sostenersi esente da pena chi li avesse *divelti*. Ma anche questo esempio valga a novella prova della viziosità delle definizioni soggettive che ho costantemente riprovato. Se dite nella legge — chi ha *tagliato l'albero*, coartate la nozione giuridica del malefizio al mezzo adoperato: e chi abbia danneggiato la pianta fruttifera con acidi, col fuoco, o con lo svelgerla, vi dirà *non ho tagliato*. Date invece la definizione oggettiva: dite chi ha *fatto perire* o *danneggiato* la pianta altrui; e siete fuori di ogni pericolo. Questa osservazione colpisce da capo a fondo tutte le nozioni dei reati da darsi in un codice che si voglia sottrarre ai cavilli degl'interpetri. Il *mezzo* non deve mai descriversi tranne quando costituisce o la *essenza* o una *aggravante* del reato di cui si vuol dare la nozione. In ogni altro caso si deve descrivere soltanto il fine o lo *effetto* a cui risponde la lesione del diritto che si vuole proteggere. Molti dei codici contemporanei non si sono sempre bastantemente guardati da tale difetto. Di qui la necessità di ammettere l'assurda dottrina della punizione per *analogia:* e di qui il frequente bisogno di leggi supplementarie. In Francia si è fatta viva

questione se la *vite* fosse tra gli *alberi*, cosicchè il taglio di una vite rendesse applicabile il taglio d'alberi. Il dubbio fu deciso nel senso della estensione alle viti dalla Corte di Cassazione col decreto del 14 dicembre 1867, la quale rettamente si attenne allo spirito più che alla lettera della legge. Ma anche questo dubbio è novella prova delle difficoltà delle definizioni legislative.

§. 2458.

Ma ora che ho delineato i due titoli di *caccia illecita* e di *danno dato*, è tempo che svolga una questione che è comune ad ambedue questi titoli (cioè se ad avere o l'uno o l'altro di tali delitti sia sempre necessaria la introduzione della *persona* nel fondo altrui) esemplificando in entrambo l'applicazione ai diversi casi.

Caso 1.° — Introduzione della *persona* nel mio fondo *per fine di caccia*. Ho già detto che quando un tal fatto si eseguisca da chi è munito di arnesi adatti a compiere o la caccia, o l'aucupio, il reato di caccia illecita nel fondo altrui è già consumato per il solo ingresso nel fondo.

§. 2459.

Caso 2.° — Introduzione della *persona* nel fondo mio per fine di uccidere animali di mia spettanza *a fine d'ingiuria*. Sarà un tentativo di *danno dato*, finchè gli animali non siano uccisi o feriti: dopo ciò sorgerà il danno dato consumato. Se poi sussegui l'asportazione, dovrà distinguersi: il fatto che degenererebbe in *caccia illecita* se si trattasse di

bestie fiere, degenera in *furto* se trattasi di animali *mansueti* o *mansuefatti.*

§. 2460.

Caso 3.º — Non introduzione della *persona* nel fondo mio; ma introduzione dei cani per procurare col mezzo loro la uccisione di animali miei *a fine d' ingiuria.* Se i cani furono lanciati per volontà del padrone corrono le regole del danno dato. Vale il principio, *qui per alium facit, per se ipsum facere videtur,* e con la frase qui *per alium* s' indica non solo un altro uomo o consapevole o inconsapevole, ma anche un animale, od ogni altro strumento da noi posto in moto.

§. 2461.

Caso 4.º — Introduzione come sopra dei soli cani per volontà del padrone, ma a *fine di caccia,* sia perchè così addestrati raggiungessero la fiera nel mio fondo, e presa la recassero al padrone, sia perchè la spingessero fuori del mio fondo verso il padrone che l' aspettava colà per farne preda. Valgono le regole della caccia illecita; e lo ingresso dei cani nel mio costituisce lo incesso venatorio a carico del padrone che ve li spinse, sia che la fiera fosse scovata nel mio, sia che scovata nel fondo altrui (M o r i n art. 8428) fosse nel mio inseguita e raggiunta.

§. 2462.

Caso 5.° — Ingresso *accidentale* di cani altrui nel mio fondo senza impulso del loro padrone. Non vi sarà delitto di danno dato imputabile al padrone se cagionarono danno, ma sola azione civile nei congrui casi: l' antica *pauperie* (1). Non vi sarà reato di caccia illecita se i cani raggiunsero e presero una bestia fiera ancorchè la recassero al padrone e questi ne approfittasse. Vi sarà reato di furto se i cani presero un animale domestico e lo recarono al padrone che se lo appropriò. Ma il furto in questa ipotesi sarà improprio: la contrettazione essendo avvenuta senza volontà del padrone dei cani, questi non è colpevole che di sola appropriazione.

(1) I Romani distinsero col nome di *pauperie* il danno recato dagli animali nostri nel fondo altrui, avverso il quale negavano l'azione di danno dato: vedasi Calvino *lexicon juridicum, verbo pauperies.*

§. 2463.

Questa ultima fattispecie di animali nostri introdotti volontariamente nel fondo altrui non solo porge occasione a delimitare il reato di caccia dal danno dato, ma anche a delimitare il danno dato dal furto. Quando gli animali nostri si siano spinti nell' altrui proprietà o rustica o urbana al solo fine malizioso di recarvi danno in onta del proprietario non vi è luogo a questione, e il titolo di danno dato è indubitabile. Ma il conflitto nasce quando gli ani-

mali nostri si siano mandati nello altrui al fine di farveli *pascolare*. È la ipotesi del pastore che manda il suo gregge nel prato o nel campo di grano altrui. Per fermo il risultamento di un *danno* vi è sempre, come è naturalmente in tutti i furti che si consumano con lo staccare una parte dallo immobile altrui per contrettarla a fine di proprio lucro: chi taglia un albero per portarlo via *ruba* e *danneggia* nel tempo stesso, ma nessuno dubita che il titolo di furto assorbisca l' altro. Nel caso del pastore (od altri consimili) il divario sta che non più l' uomo con la sua mano contretta la cosa altrui, ma sono i suoi animali che la contrettano sciente e volente lui, e via la portano nei loro ventri. Ma questa differenza nella materialità non ci sembra concludente: e perchè sempre il colpevole agisce a *fine di lucro* e di fatto viene a *locupletarsi*, così noi non esitammo a ravvisare un vero furto (§. 2028 nota 1, e §. 2225 nota 1) anche in questo fatto. È vero che la giurisprudenza toscana anche per giudicati recenti (Corte di Cassazione di Firenze decreto del 13 giugno 1855) ha prediletto il titolo di danno (1) dato. Ma la generalità degli scrittori, e la Corte Suprema di Vienna (giudicato del 1.° settembre 1853, n. 8825) si attengono al titolo di furto. Ed io non esito ad accettare come più vera questa opinione.

(1) Anche il codice Sardo (art. 672, n. 2) colloca il pascolo abusivo fra i *danni dati* anzichè fra i furti, e quando non superi il valore di franchi cento lo punisce col carcere al di sotto dei sei mesi. E siccome il successivo art. 674 punisce il pascolo abusivo con pene di semplice polizia, bisogna necessariamente intendere che quel codice distingua fra prodotto

pascolato che era destinato al pascolo (erbe nei prati) e prodotto pascolato che non era destinato al pascolo (grano nei campi) applicando le pene di polizia al primo caso, ed il carcere fino a sei mesi al secondo caso. Ma poichè l' art. 625 contempla il furto commesso sui prodotti campestri e lo punisce col carcere fino a cinque anni se eccede il valore di venti lire; ne consegue che chi abbia nel prato altrui segato fieno per asportarlo è punito più severamente del pastore che con maggior danno guidò il suo gregge a pascolare nell' altrui campo di grano. Può giudicare ognuno della proporzione di tali pene. Ma per me nel concetto giuridico il furto di prodotti campestri non dovrebbe staccarsi dagli altri furti tranne per dargli uno aggravamento, come saviamente in questa parte fu fatto dallo stesso codice Sardo. Nè mai dovrebbe al concetto giuridico del furto sostituirsi quello del *danno dato* per il fine di punir meno, quando questo presenta lo elemento materiale e lo elemento intenzionale del furto. E questi due elementi offre manifesti il fatto del pastore che negli altrui campi introduca con deliberata volontà il proprio gregge. Tanto la *sottrazione* dello altrui quanto il *nocumento* sono evidentemente maggiori quando si consumano da cento animali famelici di quello che quando si consumano da una contadina munita di falce. Che se si teme di punire con troppo rigore l' accidentalità di un animale fuggito al pascolo nell' altrui, non vi è bisogno di falsare un titolo di reato per raggiungere codesto scopo. La mancanza di elemento intenzionale basta a preservare da siffatto pericolo il proprietario dello animale ed esimerlo dalla criminale responsabilità.

§. 2464.

Evvi una forma di danno dato la quale fa sorgere un titolo speciale assai più grave dell' altro e più severamente punito, il titolo cioè di *devasta-*

zione. I caratteri di questo titolo secondo il modo di vedere di alcuni sorgono dal *numero delle persone ragunate al fine di danneggiare o distruggere una proprietà altrui:* secondo il modo di vedere di altri dalla gravità del *risultato,* consistente in demolizione, distruzione od altra degradazione d'immobili altrui di una rilevante importanza: e finalmente nel concetto di altri legislatori sorgono dallo essere lo immobile danneggiato un prodotto della mano dell' uomo, che l' abbia costruito senza aiuto delle forze della natura, vale a dire una opera *muraria*. Questa forma di danno dato *qualificato* in questo terzo senso si contemplò dal codice Francese del 1810 che lo puniva (art. 437) con la reclusione fino a dieci anni e ne desumeva i criterii dallo essersi distrutto uno stabile *costruito* dalla mano dell' uomo. Il codice Sardo all' art. 666 trova anch' esso il titolo di *devastamento,* che punisce col primo grado di reclusione, non nel *numero* degli agenti, ma nello essere il danno caduto sopra *edifizi,* od altri *manufatti* anche di ragione privata. Il codice Toscano all' art. 201 (combinato con l' art. 450) noverò questa fattispecie fra le violenze pubbliche, facendone un delitto sociale in vista della prevalenza della forma; e si attenne al *primo* dei tre diversi criterii sovraesposti, come la vecchia pratica toscana si era attenuta al *secondo;* e lo punì col carcere da sei mesi a tre anni estendibile fino a quattro. Scientificamente guardata la cosa a noi sembra più esatto il concetto del codice Toscano. E su questo proposito ripeterò soltanto che le costruzioni della mano dell' uomo si possono col denaro e con la mano dell' uomo ripristinare; mentre i prodotti che hanno

necessità dell' aiuto della natura e del tempo sono spesso irreparabili dalle forze umane. E non andrò mai d' accordo che la distruzione di una casupola la quale con poche centinaia di lire può in quattro giorni riedificarsi più bella, si debba proteggere con la pena della reclusione mentre minacciasi pena più mite al taglio di centinaia di olivi od altre piante vetuste non ripristinabili da umana potenza (1).

(1) Combinando l' art. 666 del codice Sardo che estende ad un massimo di cinque anni (o di reclusione o di carcere) la pena di chi abbia atterrato un muro: con l' art. 672 n. 1 che punisce col carcere al disotto dei sei mesi il *taglio*, *mutilazione* o *scorzamento* di alberi fruttiferi se il danno non eccede il valore di cento lire, chiaro si scorge che più assai delle piante si vollero protetti i manufatti murarii. E qui pure in quanto a me, e come giurista e come proprietario, protesto contro la giustizia di tale veduta. Le osservanze giudiciali toscane conobbero anch' esse il titolo di *devastazione:* ma lo definirono sul criterio di un *danno gravissimo*, e senza mostrare una predilezione non giustificabile verso i muri, lo applicarono ai tagli numerosi di piante fruttifere: vedasi Cerretelli *parola danno dato n.* 14. I giureconsulti romani diedero agl' incisori degli alberi il nome di *depopulatores agrorum*. È poi in questa materia degna di osservazione la disputa sorta in Francia e nel Belgio, e riferita da Chauveau *n.* 3916, relativa al fatto di chi semini *zizzania* nel campo altrui preparato alla sementa del grano. Discordarono criminalisti e tribunali, in ciò da alcuni scorgendosi il titolo di distruzione di raccolte, mentre altri non vi ravvisavano che un mero danno reparabile in via civile. Dice il suddetto scrittore che questo modo di far dispetto ad un nemico è molto in uso nel Belgio: appo noi invece è troppo in uso di tagliar piante. Il dubbio nel proposto caso si fa nascere da questo che la

raccolta si distrugge prima che sia nata, e ciò si dice perchè si guarda il fatto dell' uomo nel momento in cui prepara lo strumento distruttore della futura raccolta, anzichè guardare il momento in cui sulla raccolta crescente esercita la sua opera malefica per effetto voluto e procacciato dal fatto anteriore dell' uomo. Chi prevedendo la nascita di un figlio ad un suo nemico ponesse un veleno nelle sostanze preparate per darle al bambino quando sarà nato, si direbbe egli che ha ucciso un uomo non nato?

FINE

DEL QUARTO VOLUME E DELLA SESTA CLASSE

DELLA PRIMA SEZIONE

INDICE

DELLE RUBRICHE

(SEGUE) **SEZIONE PRIMA**

DELITTI NATURALI

CLASSE SESTA

DELITTI CONTRO LA PROPRIETA'

OPERE
DELLO STESSO AUTORE

PROGRAMMA DEL CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

PARTE GENERALE — Vol. Un. in 8.° (SEZIONE PRIMA: *del delitto* — SEZIONE SECONDA: *della pena* — SEZIONE TERZA: *del giudizio criminale)* pag. 666. L. 6. —

PARTE SPECIALE — Vol. 1.° in 8.° (*Introduzione* — SEZIONE PRIMA: *delitti naturali* — CLASSE PRIMA: *delitti contro la vita umana* — Omicidio) pag. 530. » 6. —

— Vol. 2.° in 8.° (CLASSE SECONDA: *delitti che offendono la persona senza toglierle la vita* — Lesione personale — Stupro — Violenza carnale — Oltraggio violento al pudore — CLASSE TERZA: *Delitti contro la libertà individuale* — Violenza privata — Minacce — Istigazione a delinquere — Coalizione industriale — Apertura di lettere — Rivelazione di segreti — Violazione di domicilio — Plagio — Ratto) pag. 610. . . . . . . » 6. —

— Vol. 3.° in 8.° (CLASSE QUARTA: *delitti contro l'onore* — Diffamazione — Libello famoso — Contumelia — CLASSE QUINTA: *delitti contro i diritti di famiglia* — Concubinato — Adulterio — Poligamia — Reati contro lo stato civile — Sottrazione di minori — Incesto) pag. 532. » 6 —

— Vol 4.° in 8.° (CLASSE SESTA: *delitti contro la proprietà* — Furto proprio — Furto improprio — Amozione di termini — Turbato possesso — Caccia indebita — Diversione di acque — Danno dato) pag. 672. . . . . » 5 —

È sotto il torchio il vol. 5.° (SEZIONE SECONDA. *delitti sociali* — CLASSE PRIMA: *delitti contro la pubblica giustizia*

Si vendono in FIRENZE da Eugenio e Filippo Cammelli, Piazza della Signoria; in PISA da Luigi Giannelli, sottoborgo; in LUCCA da Bartolommeo Canovetti; in NAPOLI da Antonio Morano Toledo 103 Largo Carità; in PARIGI da Ernesto Thorin, in LIPSIA da Brockaus; in MONACO (Baviera) da G. Franz.

OPUSCOLI DI DIRITTO CRIMINALE vol. 2. in 8.° L. 12 —
GIUSEPPE PUCCIONI ED IL GIURE PENALE in 8. pag 94 » 1 50

Si vendono esclusivamente da Eugenio e Filippo Cammelli, Editori Libraj, FIRENZE, Piazza della Signoria.